



**Réforme du droit commercial et
développement des méthodes alternatives
de règlement des litiges**

Sous l'Activité de réforme juridique et judiciaire de
l'USAID/Madagascar
Contrat USAID No. 623-I-00-98-00029-00

Commande no. 15

**LES IMPERATIFS DE LA REFORME SUR LE
CREDIT BAIL**

ARD, Inc. and Checchi and Company Consulting, Inc.
1899 L Street, N.W., Suite 800
Washington, DC 20036-3804
Washington Telephone: 202-452-9700
Local Telephone: 033-110-3970
e-mail: ardchecchi@dts.mg
treynders@checchiconsulting.com

JURECO Etudes et Conseils S.A.
Boîte Postale 682
Lot IV M 66 rue Dr. Raseta Andraharo
Antananarivo 101, Madagascar
Telephone: 22-202-37
e-mail: mbra@dts.mg

**Réforme du droit commercial et
Développement des méthodes alternatives
de règlement des litiges**

Sous l'Activité de réforme juridique et judiciaire de l'USAID/Madagascar
Contrat No. 623-I-00-98-00029-00

Commande No. 15

**LES IMPERATIFS DE LA REFORME SUR LE
CREDIT BAIL**

7 avril 2000

Presenté à :

*USAID Madagascar
Villa Vonisoa III – Anosy
Boîte Postale 5253
Antananarivo 101*

Presenté par:

*Gary Kelly, Consultant
ARD, Inc et Checchi and Company Consulting, Inc. Joint Venture*

TABLE DES MATIERES

Sommaire	1
I. Introduction	3
II. Le Crédit-Bail en voie vers une transaction universelle : les tendances internationales	4
III. La stratégie de mise en œuvre de l 'équipe d'ARD/Checchi/JURECO	8
A. Pour une plus grande compréhension : l'habilitation des petites et moyennes entreprises	8
B. Utilité croissante : les synergies d'une nouvelle communauté de prêteurs	11
IV. Maintenir l'élan : la réforme du crédit-bail dans le paysage politique malgache	17
Janvier - juin 2000	
1. Financement par des tiers	17
2. Octroi de permis	18
Janvier 2000 – décembre 2001	
3. Comptabilité	19
Juin 2000 – juin 2002	
4. Douanes	20
5. Impôt sur le revenu et sur les bénéfices commerciaux	21
Annexe 1 : Texte du projet de loi sur le crédit-bail	23
Annexe 2	28
Annexe 3	34

SOMMAIRE

Les commissions de réforme juridique ont toujours eu un penchant pour la codification. Il est extraordinaire qu'elles se lancent dans la considération de modifications de politique en cours. Cependant, à la vue de la réforme de la Loi de 1996 sur le crédit-bail, c'est bien ce qu'a accompli la Commission de Réforme du Droit des Affaires (CRDA) en février - mars 2000. Il est rare qu'une loi commerciale malgache ait été si prometteuse et n'ait offert si peu que loi actuelle sur le crédit-bail. S'appuyant sur le modèle d'un crédit-bailleur établi et nanti louant à bail à un preneur de crédit avec un passé en affaires établi, la loi actuelle ramène ces parties à de simples visions, des fictions commerciales. Elle a été écrite pour une économie malgache avec des ressources et un cours de traitement des affaires tels qu'ils qui n'existent pas encore.

Cette première réforme juridique du droit commercial que la CRDA a effectué en ce nouveau siècle a porté ses fruits, au sens le plus positif. La CRDA a rendu le crédit-bail approprié aux petits commerces et même aux ménages malgaches. En l'espace de quelques semaines, la CRDA a transformé la considération de politiques en matière de crédit-bail par rapport au modèle jusqu'ici non pertinent et statique en se concentrant sur la structure du crédit-bail en tant que transaction commerciale populaire, guidée par les attentes mutuelles des parties. La CRDA a ainsi rendu le crédit-bail intelligible aux petits commerces dans le plus petit hameau. Et tout ceci ne s'est pas fait aux dépens des normes internationales. La CRDA a accompli sa tâche au moyen d'un mélange habile de conseils en matière de politique juridique, commerciale et de réglementation venant de sources locales et internationales. L'Avant-projet de loi de réforme de la CRDA offre ainsi:

- des incitations pour le modeste preneur de crédit, dont le principal atout est l'initiative individuelle
- une protection pour le bailleur de crédit débutant contre les risques excessifs associés à cette transaction ;
- la possibilité que l'importance économique de cette loi pour les ménages de répercute au niveau régional, comme un modèle non seulement pour l'île et mais pour les économies continentales de l'Océan Indien.

Finalement, l'approche pratique, en partant de la base, de la CRDA a rapporté une admission à la fois franche et productive. Seules les parties plus que disposées qui sont exigées pour le crédit-bail. Il en est de même pour la propriété. Il s'agit donc de se contenter autant sur l'utilité que sur l'intelligibilité de la transaction, sur l'ingénierie aussi bien que l'architecture. En d'autres termes, il s'agit d'apporter une attention à la question de financement par un tiers afin de mettre la propriété aux mains du bailleur de crédit débutant approvisionnant le preneur de crédit aux modestes moyens. La CRDA a mis de côté cette question pour une considération spéciale par une en ensemble large de preneurs de décision du gouvernement et a commandité des présentations spéciales sur le sujet. Il y a forte raison de croire que dans sa stratégie de

mise en œuvre, la CRDA placera sur l'avant-scène la question pratique du financement par une tierce partie, ainsi que les questions d'autorisation, de comptabilité et d'impôts.

Le texte qui suit décrit et explique toute la portée de l'approche de la CRDA.

I. Introduction

A l'automne 1999, la CRDA a demandé de l'aide en vue de produire une version révisée de la loi du crédit-bail, comme elle existe actuellement. Le moment ne pouvait être plus propice, et ce, pour des raisons diverses, notamment :

- la nécessité d'optimiser l'utilisation du capital local, dans sa forme actuelle, par un instrument de renforcement du pouvoir qui permette d'atteindre d'un seul coup les petites et moyennes entreprises marginalement capables d'honorer des obligations de location, tout en cherchant en même temps à créer une expansion commerciale comme celle que procure l'option d'achat;
- la nécessité de mobiliser la présence récente de capitaux étrangers dans l'économie malgache qui est démontrée par la participation accélérée de banques étrangères.

À eux deux, ces motifs conduisent à s'interroger sur le caractère adéquat de la loi actuelle qui concerne le crédit-bail. Bien que promulguée en 1996, cette loi était largement en avance sur les deux phénomènes susmentionnés et tout à fait en avance sur la création de la CRDA. Bien que certains conseils internationaux sur le crédit-bail aient été reçus, ils concernaient surtout le caractère approprié de la loi actuelle d'un point de vue strictement juridique.

De ce fait, la loi actuelle est à peine utilisée, et les capacités d'habilitation que recèle le crédit-bail sont très mal comprises. C'est le cas dans au moins deux contextes, le premier qui est lié à l'incapacité de la loi actuelle de communiquer l'essence du crédit-bail à un public potentiel de petits et moyens utilisateurs du marché. C'est précisément la clientèle des entreprises qui peut le plus bénéficier d'une réforme du droit. Le deuxième facteur d'inadéquation de la loi actuelle est peut-être plus explicite. Il concerne l'utilité de la loi pour la communauté financière. De façon spécifique, dans la loi actuelle, on constate la quasi-absence de reconnaissance d'un élément indispensable au fonctionnement du crédit-bail à Madagascar : le capital. La structure des marchés financiers à Madagascar est simple, les banques servant de prêteurs de premier et de dernier recours. Il n'est donc pas étonnant que l'on s'attende à ce que les banques assument le double rôle de bailleur de fonds et de propriétaire, c'est-à-dire qu'elles soient en même temps le financier de la propriété et le crédit-bailleur. Toutefois, des études poussées et l'expérience commerciales ont pu montrer qu'avant même l'intervention accélérée et récente des étrangers dans les opérations bancaires malgaches, les banques étaient par trop sollicitées du fait des rôles multiples qu'elles étaient appelées à jouer sous la pression du milieu des affaires local. De plus, le crédit-bail vise un but très précis à la fin de la période de location : l'achat du bien en cause par le crédit-preneur, et il présuppose une affectation importante de ressources bancaires pour la surveillance, qui sont évaluées par rapport au risque de voir l'achat ne pas se réaliser. Enfin, Madagascar est un pays dans lequel le profil de l'emprunteur n'a pas été dénué de connotation d'abus et d'affectation indue des fonds bancaires. Étude de pays de la Banque Mondiale : Madagascar, Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement, 1993, pp. 152, 154-155 (ci-après l'Étude de la BIRD). Par conséquent, l'apport récent de capitaux étrangers dans le secteur bancaire

traditionnel est susceptible de renforcer le conservatisme à court terme car ces institutions qui étaient auparavant des banques nationales se trouvaient maintenant placées sous le contrôle strict de bureaux et de sièges sociaux sis à l'étranger.

Les effets cumulatifs de ces développements justifient l'étude que fait la CRDA sur le caractère adapté de la loi actuelle sur le crédit-bail, en dépit de sa facture nouvelle et de ses origines internationales marquées. Nous tenterons ici d'expliquer les décisions de la CRDA en termes de politique globale de crédit-bail, tant par rapport aux normes internationales que comme une réponse spécifique aux questions pratiques et aux problèmes soulevés par la loi de 1996 sur le crédit-bail. Le fait de se concentrer sur les bases conceptuelles des décisions de la CRDA n'est pas futile. Au contraire, il en ressortira une base pour des recommandations concrètes sur la modification des lois et des pratiques malgaches actuelles en vue de s'adapter au nouveau type d'opération de crédit-bail envisagé par la CRDA, et surtout de le faciliter.

II. Le crédit-bail sur la voie de l'internationalisation des opérations : les tendances internationales

Heureusement, la tendance internationale la plus importante aujourd'hui en ce qui concerne le droit du crédit-bail est à l'édification de la loi d'après la pratique. Heureusement pour Madagascar, le fait de se concentrer sur les caractères pratiques comme le montre ce discours international remédiera en grande partie aux deux problèmes actuels que pose la loi de 1996 : le défaut de communication de l'opération à une collectivité potentiellement énorme de petits et moyens utilisateurs du marché et son manque d'utilité pour la communauté financière.

C'est la science économique, et non pas l'adhésion à des traditions juridiques particulières, qui fait que l'on considère maintenant le crédit-bail comme une opération. Cette science s'est révélée être le langage commun qui permet de faire un lien entre les cultures juridiques. Les ressorts de la Common Law codifient maintenant le droit du crédit-bail tandis que les pays de droit civil abandonnent leur adhésion stricte à la forme de code civil et à la tradition continentale pour incorporer la politique économique dans leurs lois du crédit-bail. *Comparez* le Code Commercial Uniforme, Article 2A- Amendements (1990) (ci-après UCC, Article 2A) et le commentaire fait par le cabinet juridique américain Herzfeld & Rubin sur le droit roumain des « Opérations de crédit-bail et sociétés de crédit-bail, » Décret gouvernemental n° 51/28, août 1997. En fait, les régimes de droit civil du monde entier ont été prompts à reconnaître cette tendance. Ils ont offert une vaste gamme de dispositions pour s'adapter aux réalités économiques locales, comme l'illustrent :

- la forte insistance des pays à capitaux intensifs, comme le Brésil sur des ressources monétaires pour le crédit-bail par rapport à des pays dont les économies sont moins ancrées dans des traditions commerciales de l'ex-Union Soviétique, comme le Krygyzstan, où la tendance récente est bien moins intéressée par les mouvements de capitaux ;
- les pays dépendants de l'importation, comme la Roumanie, qui accordent une grande importance aux questions douanières dans le pouvoir exécutif chargé de régulariser le

crédit-bail par rapport à des économies largement autosuffisantes et isolées comme la Chine, dont la principale autorité juridique ne reconnaît pas explicitement la dimension internationale du crédit-bail.

En dépit de la variation, un fait est confirmé par ces ressorts : la nécessité de concevoir des lois en fonction des exigences économiques actuelles d'un pays en particulier. Mais comment peut-on au juste déterminer l'orientation du crédit-bail à Madagascar, étant donné ces tendances ?

Une partie de la réponse pour Madagascar commence par l'exploration de la définition même du crédit-bail en tant que tel. Par exemple, deux des plus grandes économies de transition dans le monde et qui sont de tradition civiliste traitent le crédit-bail de manières différentes. La Russie, dont la tradition de commerce à l'Occidentale remonte au dix-huitième siècle, a adopté en 1998 une notion définitive et déterministe des opérations de crédit-bail, dans laquelle la propriété était transférée de façon certaine au locataire à l'expiration du bail. Voir le droit fédéral du crédit-bail, Fédération russe, Article 3, 29 Octobre 1998 (ci-après FLL). Cette position a l'avantage d'attirer un marché pour le crédit-bail en ce qu'elle donne au locataire une garantie d'achat à la fin de la location. La Chine offre une position très différente sur la nature de la location et des obligations juridiques au commencement de la location. Les Chinois ont opté pour un modèle ouvert et non déterministe des responsabilités. En vertu de la loi chinoise du crédit-bail, la décision de savoir même si l'on doit offrir ou non au locataire la possibilité d'achat est reportée jusqu'à l'expiration du bail. Voir « le droit économique de la Chine en matière de contrats de location », République Populaire de Chine, Articles 249-250 (en vigueur 1999) (traduction libre). Cette position a l'avantage d'être souple et peut-être d'imposer au locataire la pression subtile de prendre soin de la propriété et de s'acquitter des obligations courantes de la location dans le but de gagner en quelque sorte ce droit d'achat au terme de la période de location. Le modèle chinois s'en remet ainsi à l'intérêt du crédit-bailleur du fait qu'il peut surveiller le locataire. Quoique ce système manque de prévisibilité en ce qui concerne la disposition du bien en location, il offre de la stabilité au locateur et lui permet d'évaluer l'exécution du locataire.

Comme modèle plus européen, la solution russe tient davantage compte du crédit-bail en tant que produit de crédit sujet à la demande sur le marché libre. Ceci est démontré par la plus grande attention qui est donnée aux besoins du crédit-preneur et par sa plus grande insistance sur la transparence des opérations du fait de l'avis qui y est donné aux tiers de l'achat du bien qui fait l'objet du bail par le locataire. Il n'est pas étonnant de ce fait que cette insistance a conduit à l'expansion du concept vers un marché pour le crédit-bail dans d'autres contextes. Plus particulièrement, ceci s'est produit dans le contexte d'une extension de la notion de propriété en tant qu'objet de crédit-bail. La Russie et d'autres pays de la CEI ont, par le biais de la réforme législative des années 1990, défini ce que serait la toute dernière innovation dans ce domaine. Le principal critère à inclure dans la législation financière dans l'ex-Union Soviétique est que le bien soit non consommable, c.-à-d. qu'il ne soit pas facilement épuisé ce qui pourrait compromettre la réclamation d'un bailleur pendant la période locative. En même temps, cette notion plus large de la propriété traduit une plus grande conscience du marché varié pour le crédit-bail, allant de la micro-finance jusqu'au niveau des grandes opérations

internationales. *Comparez FLL, Article 3 avec la Loi sur le crédit-bail financier, République de la Kyrgyzstan, Article 603.* Cette souplesse est en partie attribuable au système codifié continental qui intègre peut-être plus facilement ce caractère inclusif pour son insistance sur la possession et sur l'utilisation de la propriété plutôt que sur le titre. En revanche, les grands pays du sous-continent Indien, qui sont beaucoup plus influencés par le droit anglo-saxon, tendent encore de nos jours à limiter le traitement du crédit-bail aux articles de commerce.

On pourrait voir naître une hypothèse facile pour Madagascar. Tant les partisans de la tradition qui s'appuient sur le droit codifié que les défenseurs de la tendance plus moderne qui va vers l'analyse économique ont peut-être une cause commune. Ils pourraient tous, par hypothèse, favoriser le modèle européen ou russe. Mais cette solution facile est indissociable d'une analyse de l'impact du modèle au niveau des petites entreprises et des ménages.

En effet, un autre aspect du modèle européen explique la tendance plus marquée à traiter les biens au sens large. Cet aspect a une incidence très nette au niveau des petites entreprises et des ménages. C'est une tendance à voir l'objet du crédit-bail comme un investissement dans l'ensemble des activités d'une société, plutôt qu'une opération isolée sur un bien. Ce point de vue globaliste envisage les biens corporels et les immobilisations incorporelles de l'entreprise. Ainsi, ce n'est pas un accident si les ressorts qui représentent des philosophies du droit moderne, d'une part, ou une approche traditionnelle avec la codification, d'autre part, considèrent les biens au sens large et reconnaissent également que des sources de financement autres que le crédit-bailleur peuvent devoir être introduites dans l'examen juridique formel du crédit-bail. *Comparez FFL, Articles 14 et 18 ; Herzfeld & Rubin, «Crédit-bail en Roumanie » (la Roumanie représentant le mouvement de libéralisation sur des questions de propriété et de tiers) avec Kothari, « la loi du crédit-bail en Inde » ; Habib, « Crédit-bail au Pakistan ».* La conception plus large de l'investissement dans toutes les activités du crédit-preneur impose souvent que le crédit-bailleur obtienne des sources de financement supplémentaires, que l'opération soit au niveau de la micro-finance ou au niveau international.

Ce fait indique une grande tendance dans le crédit-bail commercial moderne : l'abandon d'un modèle dans lequel il serait une opération bilatérale, en faveur d'un autre modèle où intervient un tiers fournisseur ou financier en tant que condition économique requise pour le crédit-bail. Comme on l'a présenté ci-dessus, la Russie et la Chine représentent des modèles polaires sur la question du tiers. Il n'est pas surprenant que la question du tiers doive aller de pair avec la question fondamentale de la définition même du crédit-bail et de l'option d'achat discutées ci-dessus. Toutes deux sont indissociables dans l'économie moderne si l'on veut établir le crédit-bail dans des économies en transition. Sans financement d'un tiers, il n'y a aucune possibilité de droit d'achat ni d'opération viable de crédit-bail. Par conséquent, dans le modèle russe, le droit d'achat existe pour aviser tous les intéressés, y compris les fournisseurs, les financiers et les éventuels tiers, que le locataire assumera la propriété à l'expiration du bail. Le modèle chinois peut sembler favoriser le crédit-bailleur à cause de son insistance à surveiller la capacité sur toute la durée du bail. Cependant, son problème évident est qu'il rend difficile pour le tiers de savoir ou, plus précisément, d'investir dans ce qui se produira à

l'expiration du bail. Cette difficulté gêne le crédit-bailleur. Dans ce sens, le modèle chinois présuppose l'existence du financement dans le contexte d'une économie en transition.

Une analyse rapide des deux tendances est centrée sur l'insistance des Européens et des Russes sur la prévisibilité, avec ses avantages connexes pour la participation des tiers fournisseurs et financiers, alors que la tendance orientale (chinoise) consiste à souligner le comportement des deux parties essentielles au contrat de location et à établir une période d'essai pour déterminer le droit du locataire, et ne pas reconnaître le besoin de la location comme un objet d'investissement pour un tiers. Les deux modèles ont leurs mérites. L'important est de reconnaître qu'en dépit des traditions idéologiques récentes et des points communs quant aux étapes du développement économique, la position économique sur la réceptivité à l'investissement de tiers constitue la différence essentielle entre les deux modèles.

Quelle conséquence aurait alors l'adoption du modèle européen pour Madagascar ? Parmi les pays qui sont soumis à l'influence civiliste européenne, la tendance marquée va plutôt vers le modèle européen ou russe et vers la reconnaissance explicite des droits des tiers dans l'opération. Il faut donc aussi établir des priorités entre le locataire et le tiers, particulièrement un tiers financier. La tendance a fait son chemin tant dans des pays de droit romain que dans des économies en transition. Collectivement, les lois sur le crédit-bail de la Russie et du Brésil, avec deux des plus grandes économies du monde en voie de développement et tous deux fortement influencés par la tradition civiliste européenne, illustrent cette tendance. L'« Ordonnance brésilienne sur le crédit-bail », # 2.309, Article 19, Août 1996 (traduction libre)(citée comme BLO) ; FFL. Et encore, de telles tendances progressistes dans des pays civilistes sont en contraste très net avec le modèle traditionnel du crédit-bail dans les pays sous influence anglaise, dans lesquels l'insistance est sur le crédit-bail pour les articles de commerce et limite le rôle des tiers à celui de fournisseur plutôt que de financier. *Comparez* FFL, BLO généralement avec la Loi n° 95 « Du crédit-bail financier », Égypte, 1995 (traduction libre). Ces ressorts civilistes progressistes ont réussi à rendre le crédit-bail universel, « universel » en ce que :

- c'est un investissement qui tient compte des besoins et de l'exploitation de toute la société à titre de crédit-preneur;
- il ouvre la voie à la participation de tiers ;
- il permet de faire face aux besoins au niveau de la micro-finance tout comme au niveau de l'opération internationale.

Ainsi, la tradition juridique, la science économique, tant macro que micro, et la tendance à l'universalité, sont autant de facteurs qui vont vers l'adoption par Madagascar du modèle européen de crédit-bail. Mais pourrait-on aussi avoir les avantages du modèle oriental ? En posant cette question, il importe de faire remarquer que pratiquement toutes les citations aux tendances progressives se sont produites depuis la date de l'adoption de la loi actuelle sur le crédit-bail à Madagascar. Reste à considérer comment l'équipe de ARD/Checchi/JURECO a collaboré avec la CRDA pour traiter ces tendances transcontinentales et internationales dans une loi portant réforme du crédit-bail.

III. La stratégie de mise en œuvre de l'équipe ARD/Checchi/JURECO

A. Pour une plus grande compréhension: l'habilitation des petites et moyennes entreprises.

La caractéristique unique d'habilitation que comporte le crédit-bail est l'option d'achat du crédit-preneur. Cependant, le futur crédit-preneur ne peut pas être doté ainsi des pleins pouvoirs s'il n'en connaît pas l'existence. La loi actuelle sur le crédit-bail ne communique aucune définition de ce qu'est l'opération. Dans la mesure où elle communique cette caractéristique, ce n'est que dans le contexte des biens meubles, et on en parle comme étant une « opération » de crédit-bail plutôt que du fond de l'opération. Droit Bancaire, Chapitre IV, Articles 64, 67 (1996).

Conformément aux pratiques européennes les plus récentes, comme il a été noté ci-dessus, l'équipe ARD/Checchi/JURECO a décidé de faire de l'option d'achat la pièce maîtresse du crédit-bail en tant que notion. En conséquence, elle a présenté des ébauches des Articles 1 et 2 (énoncés à l'Annexe I), qui placent l'option d'achat au centre de l'opération en tant qu'élément de la définition du crédit-bail, et la CRDA les a approuvées. L'option n'est ainsi pas seulement un aspect de l'exécution de l'opération. Elle a des implications économiques profondes, du fait de la formulation des normes internationales ci-dessus :

- la création d'attentes symétriques et simultanées de la part du crédit-preneur comme du crédit-bailleur, que le crédit-preneur peut acheter le bien qui fait l'objet du bail ;
- l'habilitation du crédit-preneur, de sorte que le crédit-bail devienne un « projet en cours » pendant la durée du bail, ce qui donne ainsi au crédit-preneur la motivation qui accompagne l'idée que le crédit-preneur contrôle son propre destin, comme le démontre la reconnaissance que le crédit-preneur peut demander à acquérir le bien qui fait l'objet du bail par le crédit-bailleur;
- la prévisibilité nécessaire accordée au crédit-bailleur en tant que partie qui prend des risques au début de la location, ce qui facilite un plan pour l'acquisition de ressources après le crédit-bail, y compris non seulement l'acquisition du bien qui fait l'objet du bail, mais le financement par un tiers pour faciliter l'acquisition.

La décision de la CRDA d'aller de l'avant avec les articles 1 et 2 montre donc un renforcement du pouvoir par des attentes mutuelles. Puisque l'option d'achat est présentée comme faisant partie de la définition du crédit-bail et non simplement comme une partie de l'opération, le dispositif de renforcement du pouvoir couvre non seulement le crédit-bail mobilier mais aussi le crédit-bail immobilier. Il s'étend donc considérablement et va même toucher le droit d'acheter les vastes et riches terres domaniales de Madagascar.

La première de ces définitions du crédit-bail est une création hybride de deux modèles, l'européen (russe) et le chinois. D'une part, elle tient compte de l'« apport de compétences » dans le crédit-bail, en fournissant une surveillance constante de l'exécution du crédit-preneur pendant la location. À la manière orientale, il s'agit d'un outil essentiel de motivation pour les petites et moyennes entreprises dont le capital principal est la diligence et l'engagement à développer toute l'entreprise. D'autre part, le droit d'achat à l'échéance du bail reflète la préférence plus occidentale pour la prévisibilité au début de la période locative, ce qui facilite les calculs du crédit-bailleur, y compris ceux liés aux besoins pour l'approvisionnement ou le financement par un tiers afin de faciliter l'acquisition par le crédit-bailleur du bien en cause.

À ce titre, le renforcement du pouvoir de la CRDA par le biais des attentes mutuelles sert les secteurs économiques divers qui suivent :

- des entreprises classées petites à moyennes en tant que crédit-preneurs éventuels qui ont maintenant une option inconditionnelle d'acheter ou de louer la terre, tout comme des biens meubles, selon la définition ;
- des micro-financiers potentiels et autres crédit-bailleurs qui ont actuellement besoin de financement pour aller de l'avant avec le crédit-bail et donc, à la recherche de la prévisibilité, qui sont assurés que l'opération doit maintenant, par définition, inclure un droit d'achat à exercer à une certaine date ;
- les banques ordinaires qui peuvent servir de tiers financiers du crédit-bailleur et qui peuvent maintenant voir un engagement affirmatif par la définition de l'option d'achat à l'échéance du bail, de ce fait, opposant leur créance éventuelle sur le bien qui fait l'objet du bail à celle du crédit-preneur ;
- de grandes maisons d'investissement étrangères qui voient maintenant un accès au partage des risques par le montage d'importants actifs malgaches, meubles et immeubles, basés sur l'existence certaine des options collectives d'achat par plusieurs crédit-preneurs (de ce fait suite à une prescription de la Banque Mondiale 1993, Étude de la BIRD, p. 152)

La décision de la CRDA offre des possibilités intéressantes de représenter une découverte pour les économies de l'île voire des économies continentales qui entourent l'Océan Indien. Comme il a été noté, ces économies presque sans exception sont associées à l'ancienne notion de crédit-bail en tant qu'opération bilatérale limitée au commerce des marchandises. Cet anachronisme s'étend même à des ressorts comme le Sri Lanka où se pratique un mélange des cultures juridiques anglo-saxonnes et romaines dans le contexte du crédit-bail. Voir Kothari et Habib, *supra* (sur le sous-continent) ; Gilyeart. « Loi du crédit-bail au Sri Lanka » (traduction libre). La seule adoption des deux premiers articles acceptés par la CRDA placerait Madagascar au premier rang de l'effort de réforme dans la région en matière de crédit-bail.

Tandis que les articles 1 et 2 comme la CRDA les a adoptés représentent un modèle hybride, cette caractérisation camoufle tant la hardiesse de la démarche de la CRDA que la complexité compensatrice de l'équilibre ménagé par la CRDA pour faciliter les intérêts des ayants droit.

- *Hardiesse* parce que la décision de la CRDA d'accorder au crédit-preneur le contrôle unilatéral sur l'option d'achat est plus extrême en faveur du renforcement du pouvoir du crédit-preneur que, soit le modèle oriental reporté, soit les modèles occidentaux déterministes pour le crédit-bail, tous deux donnant au crédit-bailleur une autorité conjointe et simultanée avec celle du crédit-preneur de déterminer si l'option d'achat sera exercée ;
- *Équilibre* parce que le modèle de renforcement du pouvoir prôné par la CRDA devait alors compenser la perte unilatérale de contrôle essayée par le crédit-bailleur.

La CRDA a réalisé la compensation nécessaire des intérêts du crédit-bailleur par une réforme complète dans un domaine crucial : l'enregistrement public des intérêts du crédit-bailleur. Les Articles 9 à 19 sur l'enregistrement fournissent une orientation claire sur les subtilités récentes de l'enregistrement des droits au crédit-bail. Naturellement, cet enregistrement est conçu comme un bouclier pour défendre les intérêts du crédit-bailleur contre des réclamations des créanciers du crédit-preneur. L'article 10, dans la forme où il a été adopté par la CRDA appelle, en particulier, à la diffusion publique d'information économique précise sur les intérêts économiques du crédit-bailleur et la nature du crédit-bail. Ceci diffère nettement et favorablement des articles 66 et 69 de la loi actuelle qui imposent l'enregistrement d'information imprécise. Cet engagement envers la transparence s'accorde avec l'attention de la CRDA pour les attentes du crédit-bailleur au commencement de la location en consacrant aussi une attention égale à la protection d'intérêts du crédit-bailleur et aux attentes sur la durée de la location par le biais d'un régime complet et sûr d'enregistrement des intérêts du crédit-bailleur. . La hardiesse reflète la réceptivité de la CRDA à l'insistance du modèle oriental sur l'initiative du crédit-preneur; l'équilibre reflète la reconnaissance de la part de la CRDA du souci qui existe dans le modèle européen, eu égard au besoin de prévisibilité du crédit-bailleur.

En tant que telle, la décision de la CRDA reflète la tendance internationale à l'universalité dans le crédit-bail en augmentant la prise de conscience publique du nombre croissant des entités économiques visées par l'opération.

Mais la CRDA a entrepris d'autres décisions qui contribuent à la compréhension du crédit-bail par le public comme étant universel aussi bien au sens interne qu'externe. Il s'agit de l'incidence interne du crédit-bail. Considérant que les articles 1 et 2 adoptés par la CRDA renforcent la tendance internationale à l'universalisation de l'opération tant par l'augmentation du nombre d'intervenants dans l'économie en dehors d'une entreprise et en les rendant plus sûres dans leurs attentes, l'article 4 adopté par la CRDA déroge au caractère vague de l'article 64, alinéa 2 de la loi actuelle, pour englober clairement les biens corporels et les immobilisations incorporelles. Cela s'accorde avec la conception moderne et globaliste du crédit-bail en tant qu'instrument de renforcement du pouvoir de nature à régir tous les aspects des affaires d'une entreprise. En même temps, cette universalité globale ne doit pas être confondue avec de l'imprécision au sens juridique, comme la classification précise des types de biens pour l'enregistrement, énoncée aux articles 12 à 19, l'exprime clairement.

Bien qu'il soit bref, l'article 22 adopté par la CRDA est peut-être le *dénouement* des efforts de la CRDA pour rendre compréhensible le crédit-bail comme une opération offrant l'unique dispositif de l'option d'achat. L'article 22 est une synthèse audacieuse des deux : la nouvelle définition du crédit-bail qui étend la portée du crédit-bail aux nombreux éléments des économies malgaches et internationales, et la notion étendue de bien qui fait l'objet du crédit-bail, qui vise, de façon effective, la dynamique interne de la société. Comme il était prévu, l'article 22 vise à centrer les politiques sur les biens de l'État sur le bien corporel qui fait l'objet du bail, permettant ainsi l'investissement dans l'option d'achat que ce soit pour un malgache ou pour un étranger, même si le bien en question est un bien-fonds. Cette disposition d'avant-garde prévoit qu'il y aura une valeur d'investissement dans l'option elle-même. Un tel exploit reste encore à accomplir même dans les ressorts civilistes les plus progressistes qui traitent des opérations de crédit-bail. Voir FFL ; BLO cité *supra*. De cette manière, le crédit-bail échappe aux préoccupations compréhensibles mais étroites à propos des politiques sur les biens publics, et l'option se voit soumise à un marché universel d'investisseurs, sans égard à leur nationalité.

Du point de vue de l'universalité dans les économies malgache et internationale en général, l'article 22 fait valoir ce qui est unique dans la définition du crédit-bail et reconnaît la valeur universelle et commercialisable de cette unicité. Du point de vue du comportement intra-organisationnel, il accorde un statut spécial à un nouveau type de bien immatériel, obtenu par le crédit-preneur : une option d'achat commercialisable. Ceci peut faire du crédit-preneur un entrepreneur et ce, en l'habilitant à utiliser la valeur de l'option d'achat comme levier, en obtenant des fonds en contrepartie de la valeur de l'option. Le crédit-preneur peut, de ce fait, non seulement d'utiliser le bien en question, mais de le développer et de l'améliorer. Les décisions cumulatives de la CRDA ont ainsi rendu le crédit-bail plus compréhensible et plus prévisible par le renforcement, non seulement du cadre institutionnel mais aussi du cadre conceptuel sous-jacent de l'opération.

Dans l'ensemble, les décisions de la CRDA ont ainsi amélioré la compréhension des qualités universelles du crédit-bail en tant qu'instrument de renforcement du pouvoir. Mais comment l'opération commence-t-elle? Il convient d'examiner l'utilité du financement du crédit-bail par les tiers.

B. Utilité croissante : les synergies d'une nouvelle collectivité de prêteurs

Depuis l'Étude de la Banque Mondiale de 1993, il s'est produit beaucoup de choses qui ont montré le manque de confiance dans les capacités traditionnelles de banques pour le crédit-bail, voire même des signes d'un effritement accru dans la volonté ou la capacité d'une banque de contracter pour le crédit-bail. Par le biais des innovations décrites en A *supra*, la CRDA a amélioré la compréhension du pouvoir du crédit-bail de transformer l'horizon économique. Mais la bonne volonté est une chose, la capacité en est une autre.

Autrement dit, une grande partie du problème que pose le régime juridique actuel du crédit-bail est qu'il ne traite pas de l'incapacité des futurs crédit-bailleurs à faire des acquisitions avant la fin du bail. Qui sont ces crédit-bailleurs potentiels ? Comme on le comprend actuellement à Madagascar, ce sont des banques. Mais il y a plusieurs problèmes dans cette optique, et ils expliquent, de fait, la réticence à utiliser le crédit-bail. Même les banques malgaches, pour ne dire rien des banques étrangères, ne connaissent pas assez bien bon nombre de crédit-bailleurs potentiels pour pouvoir s'engager directement dans un crédit-bail. Deuxièmement, même si ces banques possèdent une telle connaissance, le crédit-bail reste difficile. La raison en est qu'étant les crédit-bailleurs, ce serait aux banques d'assumer la responsabilité directe de la propriété et de vérifier l'utilisation appropriée du bien qui fait l'objet du bail par le crédit-preneur. Cela exige un immense investissement des ressources bancaires, particulièrement lorsque le bien en cause est du matériel de transport, ce qui est souvent le cas en matière de crédit mobilier. Troisièmement, des banques étrangères qui pourraient autrement être une source de financement puisque les crédit-bailleurs dans le contexte du crédit immobilier ne peuvent pas assumer cette responsabilité à cause des restrictions sévères sur l'appropriation des terres domaniales par des étrangers.

Avec ces difficultés comme toile de fond, les travaux d'analyse et de promotion faits par l'équipe ARD/Checchi/JURECO ont permis de découvrir le profil de la communauté financière actuelle, savoir:

- les complications ci-dessus ont constitué un fardeau pour les banques, à titre de crédit-bailleurs, tout au long des années 1990 (cf. Étude de la BIRD, p. 152-155) ;
- bien qu'un accès de plus en plus facile au capital qui pourrait profiter aux banques locales à la suite de l'augmentation de la participation étrangère soit un avantage possible, la participation étrangère semble rendre ces banques locales tout à fait conservatrices dans leur définition du public d'utilisateurs potentiels du crédit-bail, ce qui retire alors à l'opération l'universalité synergique que bon nombre des innovations décrites par la CRDA laissaient prévoir;
- le petit groupe d'entreprises non bancaires qui veulent faire du crédit-bail sont sévèrement limitées par un manque important de financement interne, avec des projets d'opération de crédit-bail qui devraient se trouver assez bas dans la tranche de 100 000, plutôt que dans la fourchette de 500 000 à 950 000, sans parler de la capacité d'effectuer des opérations de l'ordre de 1 000 000.

En bref, les innovations juridiques lancées jusqu'ici par la CRDA peuvent amener les milieux financiers à entreprendre le crédit-bail, sans pour autant leur donner les moyens de le faire.

Ce qu'il faut, c'est un projet de loi qui étende le thème de l'habilitation à la capacité aussi bien qu'à la bonne volonté, à l'utilité aussi bien qu'à la compréhension. La solution réside dans l'emploi de la loi pour encourager, de manière constructive, les banques à être, soit des crédit-bailleurs, soit des financiers de crédit-bailleurs. Dans le dernier cas du financement par des tiers, les banques peuvent éviter les problèmes ci-dessus : en prêtant à une partie, elles

savent peut-être qui possède les ressources pour évaluer l'utilisation du bien loué par le crédit-preneur ou la capacité légale d'assumer le titre sur le bien qui fait l'objet du bail. Cette solution donnera une plus grande sécurité aux banques. Elle offre aussi l'avantage économique supplémentaire de créer une nouvelle catégorie dans le commerce : celle du crédit-bailleur non-bancaire, laquelle peut servir d'incitatif supplémentaire dans l'économie malgache.

Heureusement, la loi peut offrir au moins une solution partielle et importante à ces problèmes, par une détection de la nécessité du financement par des tiers comme étant cruciale pour le crédit-bail à Madagascar. Malheureusement, la loi actuelle sur le crédit-bail n'offre pas une telle solution. Celle-ci aurait les caractéristiques suivantes :

- *Transparence* – le traitement explicite du conflit éventuel entre le crédit-preneur et le financier du crédit-bailleur dans le texte d'une loi portant réforme du crédit-bail ;
- *Clarté* – la reconnaissance explicite de la participation de tiers financiers, aussi bien que de tiers fournisseurs, en tant que fournisseurs de valeur dans les opérations de crédit-bail ;
- *Rapidité de décision* – l'équilibrage de la nécessité de préserver l'option d'achat du crédit-preneur par rapport aux créances incontournables des tiers financiers.

Comme l'expliquent les annexes 2 et 3, l'ébauche d'article 23, ou le libellé qui lui est essentiellement semblable et incorpore les caractéristiques ci-dessus, a été la préoccupation première de l'équipe quand elle a commencé à étudier les normes internationales du crédit-bail en fin janvier. Les préoccupations d'ordre international et économiques vont de pair. La raison en est, comme l'atteste l'histoire de la communauté financière malgache, qu'une grande partie de la valeur économique requise pour stimuler le crédit-bail viendra probablement du financement par des tiers en dehors de Madagascar. Si la loi ne fournit pas des directives claires, le tiers financier éventuel, surtout en provenance de l'étranger, se sentira dans une situation de risque considérable, face au crédit-preneur et à ses droits uniques.

Le fait que la CRDA ait recours à des ressources interdisciplinaires aussi bien que des ressources internationales extraordinaires pour traiter cette question démontre son engagement à régler cette question de manière satisfaisante. Les progrès remarquables qu'elle a faits sur le projet de loi jusqu'ici en sont la preuve. Les avantages pour le traitement du financement par des tiers que comporte une loi portant réforme sont manifestes :

1. *Urgence économique*

L'enquête de l'équipe sur la communauté financière d' Antananarivo montre que les banques sont des bailleurs de crédit réticents dont les engagements de crédit-bail seraient pour le moins sélectifs et fortement enclins au financement sur place, c'est-à-dire dans cette métropole et ses environs. L'utilisation de prêteurs traditionnels dans le crédit-bail est révélatrice d'une orientation vers l'industrie lourde. Ainsi, les types de synergies régionales et trans-sectorielles associées au crédit-bail dans un contexte de réforme feront intervenir des

crédit-bailleurs non-bancaires qui dépendront fortement du financement de tiers. Ces résultats concordent avec l'analyse de la Banque Mondiale au début des années 1990, quand on constate que les banques conventionnelles sont déjà surchargées d'une multitude d'autres tâches. Étude de la BIRD, p. 152-153. D'ailleurs, une analyse récente qui a été faite sur les marchés des capitaux à Madagascar semble indiquer fortement que si les banques étaient des crédit-bailleurs, les crédit-preneurs seraient les sociétés industrielles susceptibles de recevoir des crédits bancaires de toute façon. Mourji, « Crédit-bail et autres innovations sur le marché financier, Février 2000 » (Version provisoire entreprise pour le compte de l'Institut de Développement International de Harvard). Il est nécessaire d'encourager la naissance d'une nouvelle catégorie de crédit-bailleurs non bancaires, et il n'y a qu'un outil : le financement par des tiers. L'adoption d'un libellé essentiellement semblable à l'ébauche d'article 23 le permet.

2. *Uniformité avec les larges recommandations de politique de la CRDA jusqu'ici.*

a. Une option de nature cruciale pour la définition du crédit-bail – les articles 1 et 2, comme la CRDA les a adoptés, placent cette option au cœur de l'opération de crédit-bail. Ces mêmes articles se rapportent explicitement à l'acquisition par le crédit-bailleur du bien qui fait l'objet du bail, et il en découle ainsi comme condition *sine qua non* qu'il existe un tiers dans l'opération. Le maintien de l'option d'achat du crédit-preneur doit ainsi régler une menace plus probable pour cette option, à savoir les droits des tiers financiers par rapport à ceux du crédit-preneur. L'adoption d'un libellé essentiellement identique à l'ébauche d'article 23 le permet.

b. La hardiesse et l'équilibre - Comme on l'a fait valoir, la CRDA a adopté les articles 1 et 2 en vue de l'autonomie maximale du crédit-preneur mais en donnant une garantie compensatoire au crédit-bailleur sous forme d'enregistrement. Cela signifie une protection contre les créanciers potentiels du crédit-preneur. La symétrie exige donc une attention égale à l'autre face de l'opération : l'existence des créanciers du crédit-bailleur et d'une sécurité semblable qui soit accordée au crédit-preneur. Il n'y a qu'une seule façon d'accorder une pleine symétrie : une disposition textuelle explicite dans la loi portant réforme du crédit-bail qui définisse la position du crédit-preneur par rapport au tiers financier du crédit-bailleur. L'adoption d'un texte essentiellement semblable à l'ébauche d'article 23 le permet.

3. *Uniformité avec des recommandations textuelles de la CRDA jusqu'ici.*

a. Article 5 – Dans la forme où il a été adopté par la CRDA, cet article a été soigneusement analysé en comité le 10 février ; il définit les droits du crédit-preneur par opposition à ceux du tiers fournisseur. De fait, il permet le crédit-preneur de faire valoir ses droits directement contre le fournisseur, sans intervention de la part du crédit-bailleur. Dans le même esprit, l'ébauche d'article 23 qui a été soumise protège les droits du crédit-bailleur contre tous les tiers, financiers comme fournisseurs. Avec l'adoption de l'Article 5, la CRDA a reconnu l'importance de la clarification des droits du crédit-preneur *vis-à-vis* du tiers fournisseur, qui pourrait même ne plus être partie à l'opération de crédit-bail après avoir été payé sur

livraison. *A fortiori*, une loi portant réforme du crédit-bail devrait accorder la même importance aux tiers financiers, dont les relations contractuelles avec le crédit-bailleur vont probablement s'étendre sur la durée de vie du bail et même plus longtemps. L'adoption d'un libellé essentiellement semblable à l'ébauche d'article 23 le permet.

b. Article 12 - Cet article concerne les droits d'enregistrement dans un cas type de crédit mobilier trilatéral. Conformément à l'analyse ci-dessus de l'importance des tiers financiers aussi bien que des fournisseurs, l'article 12 envisage la présence de plusieurs types de tiers intéressés qui ont un intérêt égal à celui du crédit-bailleur de voir l'enregistrement d'un droit sur le bien qui fait l'objet du bail. Le libellé de l'article 12 est délibérément large pour accommoder les tiers financiers aussi bien que les tiers fournisseurs. Si ces tiers peuvent agir pour produire un effet sur l'enregistrement et ainsi faire valoir un droit également accordé au crédit-bailleur, il est sûr que la symétrie et l'équité exigent que le crédit-preneur ait un intérêt semblable en pouvant opposer les droits que le crédit-bailleur a contre un tiers. L'adoption d'un libellé essentiellement semblable à l'ébauche d'article 23 le permet.

4. *Conformité à la pratique juridique malgache*

La tradition juridique malgache est de traiter la question complexe du droit des tiers par une loi explicite. Par exemple, la Loi 66 « Sur la Théorie Générale des Obligations » le fait dans son ensemble, sans pratiquement s'appuyer sur la common law malgache, ce qui serait le « droit coutumier » du pays, à cause de la complexité potentielle des opérations en cause. Par contre, les droits des tiers sont explicités sous forme écrite. Après avoir présenté l'unique option d'achat comme étant, par définition, l'aspect unique du crédit-bail, un texte de réforme sur le crédit-bail devrait indiquer ainsi les paramètres en vertu desquels l'option d'achat est protégée contre les actions des tiers. L'adoption d'un libellé essentiellement semblable à l'ébauche d'article 23 le permet.

5. *Conformité aux tendances juridiques internationales*

Comme on l'a noté dans la partie II *supra*, des ressorts progressistes à caractère civiliste qui ont une économie importante, en transition, évoluent vers une reconnaissance des droits et actions des tiers et ce, dans le texte même des lois sur le crédit-bail. De plus, des normes internationales récentes à l'échelle du secteur d'activités non seulement reconnaissent les droits et les actions des tiers, mais elles les justifient. Prélude à la Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail financier international, Institut international pour l'unification du droit privé, Articles 1 et 6. L'adoption d'un libellé essentiellement semblable à l'ébauche d'article 23 le permet.

Face à de tels facteurs, certains font valoir que la question du financement de tiers doit être laissée au contrat privé. Ou que le droit coutumier (« common law ») de Madagascar règle ce problème. C'est une confusion dans les deux cas. Le futur crédit-bailleur, qui doit compter sur le financement de la part d'un tiers ne passe aucun contrat avec personne s'il ne l'obtient pas. Quant à l'argument du droit coutumier, on présume de la même manière la présence de ressources économiques pour le crédit-bail qui, en fait, n'existent pas. Le droit coutumier est

fondé sur l'expérience pratique, mais le manque de ressources fait qu'il n'y a aucune expérience, ce qui exclut donc toute possibilité de recours à ce « droit commun » pour les objectifs du crédit-bail.

Comme on l'a noté, la CRDA n'a pas encore adopté l'ébauche d'article 23. L'adoption serait plus conforme à la philosophie de réforme que la CRDA a suivie par ailleurs. En même temps, l'équipe loue la manière dont la CRDA a mené ce travail, étant donné les contraintes institutionnelles. La question revête de par sa nature même un caractère essentiel pour la politique économique dans ce qu'elle implique pour le développement du secteur bancaire, par exemple, les risques pris par les institutions financières non bancaires et le rôle de l'investissement étranger dans l'économie malgache. Vue sous cet angle, la décision de la CRDA, le 9 mars, de « suspendre » l'examen de l'ébauche d'article et de reporter ainsi la question à un examen ultérieur par une tribune qui analyse les conséquences économiques plus larges est tout à fait justifiable. En fait, cela augure bien des arguments susmentionnés. L'équipe a été très encouragée par la teneur et la structure de la réunion du 23 mars au cours de laquelle la CRDA a montré un grand respect au spécialiste et à l'équipe de gestion internationale en expliquant l'importance de l'ébauche d'article. De plus, cette explication était donnée devant un groupe de décideurs de politique autre que la CRDA et qui feront probablement partie de cette plus vaste tribune sur la politique. L'équipe est surtout extrêmement, et même flattée que la question ait été à l'ordre du jour en même temps que l'examen de l'impact du crédit-bail pour la fiscalité et les finances, ce qui montre bien que les questions soulevées par l'ébauche d'article 23 ont tout autant d'intérêt que des points importants de politique gouvernementale.

Il est prudent de dire qu'il n'aurait pas été possible, voire inimaginable, de mener un si vaste examen des dimensions économiques de la législation commerciale, avant l'apparition de la CRDA. L'équipe salue donc cette étape clé dans les délibérations de la CRDA et se réjouit d'y avoir joué un rôle central.

Il est important de noter que la discussion ci-dessus a procédé presque entièrement en termes d'analyse technique. Mais il faut évoquer la stratégie autant que l'analyse. Ce n'est pas nécessaire d'obtenir un large appui pour une loi de réforme du crédit-bail. Ici, la question de l'utilité peut être un instrument valable pour obtenir le soutien de tous les secteurs des affaires et des associations de consommateur. Le traitement explicite du financement pour le crédit-bail dans la loi donne du corps à l'opération en rendant le crédit-bail plus palpable pour le public. Il lui donne un élan. C'est une chose que de dire à un entrepreneur ou à une société qu'un régime légal plus clair et plus compréhensible de crédit-bail a été créé mais c'en est une autre que de dire à cette même personne ou société que la loi ouvre la voie à du financement en vue de l'opération car on obtient alors une réponse beaucoup plus enthousiaste.

Il reste à discuter à la fois de la manière dont cet élan peut être maintenu et à traiter les types d'autorité légale nécessaires pour appuyer une nouvelle loi de réforme du crédit-bail. Les deux thèmes sont intimement liés et peuvent être utilisés à l'avantage mutuel comme l'équipe

ARD/Checchi/JURECO va le démontrer maintenant.

IV. Maintenir l'élan : la réforme du crédit-bail dans le paysage politique malgache

La CRDA a démontré un intérêt diligent pour les questions qui devront être abordées pour faciliter une loi de réforme du crédit-bail. L'équipe ARD/Checchi/JURECO a travaillé étroitement avec la CRDA pour prévoir cette évolution. S'il est correctement compris en termes de stratégies, le processus d'amendement des lois, règlements et politiques liés au crédit-bail peut aller beaucoup plus loin qu'un exercice stérile et devenir un instrument pour augmenter l'appui, tant de l'intérieur du gouvernement que du secteur privé, pour l'opération.

Comme nous l'avons rapporté dans la partie II, l'universalité est le thème international du crédit-bail, tant du point de vue d'une société que du point de vue macro-économique. Les parties III A et B étaient centrées sur les questions de plus grande importance dans le profil actuel du milieu des affaires malgache, en ce qui concerne la compréhension et l'utilité de l'opération. Conformément au raisonnement déjà exprimé, l'élan parmi les intervenants économiques peut se développer sur le modèle d'une «pyramide inversée», d'abord se concentrant sur le développement d'un large appui et ensuite en soulevant la bonne volonté et le capital politique ainsi obtenu pour viser la création d'une réglementation conviviale du marché à cet égard parmi certains organismes de réglementation du gouvernement malgache.

Un calendrier pour une action dirigée, visant d'abord les grands intervenants et puis les plus limités, est présenté ci-après :

Janvier – juin 2000

1. Financement par des tiers - ARD/Checchi/JURECO a pris le devant en donnant la voix du public sur cette question essentielle. Ce problème pratique essentiel doit être résolu pour retenir toute l'attention des groupes de consommateurs et des milieux financiers. Puisqu'il n'existe aucune tradition d'affaires pour le crédit-bail, sa résolution dans un texte légal transparent est la meilleure et probablement la seule voie pour convaincre un large segment du public de la crédibilité de l'opération. Les efforts d'ordre général de persuasion et de marketing sont utiles mais n'ont pas de poids juridique. Dans un contexte économique chargé de scepticisme, l'autorité légale est essentielle pour développer la nouvelle catégorie de crédit-bailleurs nécessaire en persuadant les milieux d'affaires que le financement de tiers viendra et que le crédit-bail est réaliste. La CRDA, l'Assemblée Nationale et autres fonctionnaires cadres du gouvernement devraient :

- incorporer et adopter l'ébauche d'Article 23 (ou un libellé essentiellement semblable) dans une loi de réforme du crédit-bail ; ET

- modifier l'autorité complémentaire sur l'enregistrement des intérêts du crédit-bail pour que le décret sur l'enregistrement du crédit mobilier : (a) se réfère expressément à la date de l'expiration du bail comme une question à enregistrer explicitement dans une opération de crédit-bail ; (b) exige que le crédit-bailleur énumère tous les tiers ayant un droit d'action contre le crédit-bailleur du fait qu'ils fournissent le bien qui fait l'objet du bail ou le financent ; (c) conformément à l'article 12 du projet de texte approuvé par la CRDA, permette aux ayants droit autres que le crédit-bailleur et le crédit-preneur d'enregistrer les mêmes intérêts.

Les deux étapes sont importantes : personne ne peut remplacer l'autre.

2. Octroi de permis - Une fois que la question du financement par des tiers est institutionnalisée dans la loi, le crédit-bail en tant qu'opération devient une réalité. La base de la pyramide du soutien populaire est rendue solide tout comme les crédit-preneurs, les crédit-bailleurs et les tiers financiers éventuels qui voient alors l'opération comme une réalité. La stratégie de mise en œuvre procède alors à partir de la base de la pyramide inversée pour se concentrer sur la réglementation de la classe universelle des crédit-bailleurs. Cela signifie que le crédit-bail devrait attirer l'attention particulière de la Commission de Supervision Bancaire et Financière (CSBF).

Cela ne devrait pas être difficile. La CSBF a suivi les débats de la CRDA sur le crédit-bail et a déjà fait une contribution valable, ce qui dénote une grande volonté de réexaminer les règlements d'autorisation de la part de la CSBF pour toute possibilité réaliste de loi de réforme du crédit-bail. La CSBF a déjà quelques règlements pour accommoder les crédit-bailleurs. Ce qu'il faut, c'est réviser le règlement pour qu'il tienne compte de la nouvelle catégorie nécessaire de crédit-bailleurs qui peut naître du financement par des tiers. Cette catégorie est constituée: des petites et moyennes entreprises non bancaires qui se sont spécialisées dans le crédit-bail seulement et localement. Etant donné ces nouvelles dimensions, une considération sérieuse devrait être accordée aux conditions d'autorisation révisées qui permettent d'abord l'expansion de cette catégorie. Une politique d'autorisation révisée devrait inclure :

- une déclaration officielle de la CSBF selon laquelle la CSBF est l'organe réglementaire exclusif du crédit-bail et qu'en réglementant ainsi, la CSBF n'infirmes aucune opération de crédit-bail ;
- l'élaboration d'un formulaire de demande modifié pour des établissements de crédit afin de permettre aux requérants d'indiquer explicitement (par une case à cocher) qu'ils s'engageront dans le crédit-bail à titre de crédit-bailleurs, avec un engagement par la CSBF en tant qu'organisme de réglementation de traiter toutes ces demandes dans un délai de trente (30) jours à partir de la date de réception ;
- l'élaboration d'une réponse écrite officielle aux requérants au cas où une demande serait insatisfaisante, avec un engagement formel par la CSBF de se soumettre à cette

déclaration ;

- l'élaboration d'un processus formel d'audition, où interviennent la CSBF et le requérant au cas où la demande de statut de crédit-bailleur serait rejetée une deuxième fois ;
- un engagement de la CSBF pour qu'il y ait une amnistie de réglementation sur le crédit-bail pendant les vingt-quatre premiers (24) mois suivant la promulgation d'une nouvelle loi sur le crédit-bail, et qu'au cours de cette période, toute société engagée comme crédit-bailleur ne soit pas pénalisée par la CSBF par la révocation du permis pour le crédit-bail ou d'aucune autre manière mais plutôt placée en probation ;
- le développement de la relation entre la CSBF et le crédit-bailleur pendant la période de probation, dont le principe est l'éducation du crédit-bailleur en cause et non pas la punition. Cette période de probation pourrait inclure des procédures spéciales annuelles et des audits de la CSBF pendant la période de probation pour assurer la conformité aux conditions de la CSBF ;
- des engagements explicites qui permettent à toutes les entités engagées à titre de crédit-bailleurs d'obtenir le financement en devise étrangère, sauf si une autorité légale de contrôle peut être interprétée en sens contraire à ce moment-là.

La réglementation des permis dans ce domaine vise à encourager l'opération de crédit-bail en appuyant la catégorie fragile et nouvelle des crédit-bailleurs.

Ainsi, dans la période de six (6) mois commençant en 2000, Madagascar aura accordé la priorité au cadre juridique pour le crédit-bail, tant dans le contexte de la loi que dans celui de la réglementation.

Janvier 2000 - décembre 2001.

3. Comptabilité – En termes de base de la pyramide, il faudrait accorder à la comptabilité une priorité presque égale à celle de l'élaboration d'une loi de réforme. Les questions de comptabilité touchent aussi tous les intervenants dans le crédit-bail. Autrement dit, la comptabilité sera le langage par lequel tous les intervenants dans le crédit-bail effectueront une opération donnée en termes commerciaux. L'équipe se réjouit de voir la CRDA accorder une attention particulière à l'importance de la profession comptable dans ce domaine. L'équipe se félicite encore plus du fait que la CRDA ait suivi les recommandations de l'équipe pour la tenue d'un « sommet de la comptabilité » sur le crédit-bail qui sera composé, non seulement de représentants de la CSBF et des autorités d'audit de la banque, mais également des représentants du Conseil Supérieur et du secteur privé.

En effet, plus de temps devrait être accordé pour l'élaboration de normes de comptabilité que pour celle du texte même d'une loi de réforme du crédit-bail. Parmi les raisons, citons : la nécessité d'intégrer des normes malgaches de comptabilité sur des questions de crédit-bail

avec les normes des banques étrangères et des auditeurs de banque étrangère et l'absence virtuelle de références concrètes et utilisables au crédit-bail dans le plan comptable national de 1987. Les grandes questions de comptabilité viseront probablement :

- les méthodes d'amortissement par rapport aux différents biens qui font l'objet du bail
- la manière dont le revenu est déclaré, particulièrement en ce qui concerne les paiements de location au crédit-bailleur ;
- les ajustements comptables pour la levée par le crédit-preneur de l'option d'achat à l'expiration du bail.

Quoique ces aspects techniques soient importants, l'équipe est confiante qu'ils seront résolus selon des normes internationales. **La question de la formulation des normes est tout aussi importante que celle de leur contenu.** Il est extrêmement important que des autorités de réglementation, en particulier dans le domaine fiscal, travaillent dans un rapport de partenariat constructif avec les représentants du secteur privé pour assurer le développement de normes de comptabilité qui sont non seulement transparentes mais utilisables et réalistes pour les milieux d'affaires et financiers malgaches. En même temps, les normes doivent être imposées et l'anarchie ne peut pas régner. L'équipe est très encouragée de voir que le projet de la CRDA a adopté la bonne attitude et traduise le principe selon lequel il faut laisser la comptabilité aux comptables et à ceux qui la contrôlent. (À opposer à l'état malheureux de la loi actuelle, dont les articles 64 et 67 pourraient être interprétés comme donnant carte blanche aux comptables dans les déclarations sur les opérations de crédit-bail). La comptabilité, comme n'importe quel langage, a besoin d'une grammaire. L'équipe estime qu'il est plus important pour le partenariat des milieux d'affaires et des autorités de réglementation de continuer au moins pendant un an à partir du commencement des opérations de crédit-bail à veiller à ce que la grammaire soit utilisable. Cela facilitera le contrôle.

Jun 2000 - Jun 2002

4. Douanes – Les priorités 1 et 3 *supra* s'adressent à un public universel pour le crédit-bail : tant aux deux parties immédiates à l'opération qu'aux tiers extrêmement importants. Non pas par coïncidence, ces questions garantissent également que l'opération peut se faire dans le respect des intérêts commerciaux de tous les intéressés. À mesure que la pyramide se rétrécit, l'attention est centrée sur les questions d'un intérêt plus immédiat pour le crédit-bailleur et le crédit-preneur. Comme les questions de douanes visent la valeur de base du bien qui fait l'objet du bail, elles sont plus faciles à régler que les aspects fiscaux sur le revenu. Une foule de questions concernera probablement les points suivants:

- si les biens qui font l'objet du crédit-bail doivent être exonérés à l'origine des droits de douane à l'importation ;

- les efforts administratifs de recouvrement, une fois que la répartition de la responsabilité du paiement est fixée entre le crédit-bailleur et le crédit-preneur (c.-à-d., si les douaniers peuvent attaquer le crédit-preneur et le crédit-bailleur, conjointement et solidairement, pour le montant total des droits de douane dus) ;
- si à la réexportation du bien qui fait l'objet du bail, les droits de douane évalués à l'origine peuvent être remboursés.

Il est extrêmement important d'examiner le crédit-bail dans le contexte du régime actuel des douanes de Madagascar, y compris le traitement du crédit-bail par les régimes de douanes d'autres pays avec lesquels Madagascar jouit ou cherche à jouir d'une union douanière particulière. Cependant, l'équipe encourage l'ouverture à l'idée que le service des douanes s'en réfère aux termes du contrat entre le crédit-bailleur et le crédit-preneur pour ces questions. Cela favoriserait le développement de l'opération. La décision roumaine citée dans la partie II *supra* de renoncer à l'imposition des droits de douane sur l'importation, par exemple, est conforme à cette philosophie. Ensuite, Madagascar pourrait imposer les normes équivalentes à celles de la communauté internationale.

5. Impôt sur le revenu et sur les bénéfices commerciaux - Comme l'équipe et d'autres conseillers l'ont rapporté à la CRDA à maintes reprises, l'avantage fiscal constitue le motif principal des opérations de crédit-bail dans bon nombre de pays avancés. Un code des impôts approprié peut créer un climat favorable pour le crédit-bail. Mais des règlements formulés à la hâte, créés pour que le fisc public soit le bénéficiaire non identifié d'une opération de crédit-bail, auront un effet catastrophique et dissuasif sur l'opération de crédit-bail en tant qu'instrument de renforcement du pouvoir.

Par conséquent, l'équipe recommande un moratoire sur le règlement fiscal explicitement visé dans le crédit-bail pendant une période de vingt-quatre (24) mois à partir de la promulgation d'une nouvelle loi sur le crédit-bail. Cela donnera à l'administration fiscale le temps de travailler avec les représentants du secteur privé sur des normes comptables. Il en résultera surtout des points de repère sur lesquels s'appuyer pour analyser les effets de l'opération sur l'économie. Naturellement, cela ne veut pas dire que le crédit-bail n'est pas un acte imposable. Pendant la période du moratoire, les fonctionnaires des impôts devraient créer de simples directives sur les divers aspects du crédit-bail qui ont des analogies avec le code des impôts en vigueur, notamment :

- les pratiques d'amortissement actuellement acceptables pour le bien et autres marchandises et leur incidence pour l'amortissement dans un contexte de crédit-bail (par exemple, amortissement linéaire contre amortissement accéléré) ;
- la pratique actuelle de la répartition des paiements à un bailleur entre le revenu d'une part et l'investissement en immobilisations d'autre part et la mise en œuvre de celle-ci pour le crédit-bail.

La CRDA a dans bon nombre de contextes agi de façon décisive pour accorder un statut particulier au crédit-bail en tant qu'instrument de renforcement du pouvoir doté d'un attrait universel. Mais, dans l'esprit de la réforme déjà lancée par la CRDA, il en faut plus. Cela commence par une admission franche de l'importance du tiers qui finance l'opération et de l'importance de la loi qui en fait la promotion. Après quoi, la pyramide s'étend; la mise en œuvre de la loi et du règlement sur l'opération revêt une dynamique qui dépasse de loin l'exercice stérile dans l'élaboration de l'autorité légale compatible. La mise en œuvre devient plutôt un exercice dans le renforcement des intervenants qui sont mutuellement dépendants, de Wall Street à la Grande Rue malgache en allant vers la campagne. L'approche en cinq étapes ci-dessus activera des segments existants de l'économie malgache, mais elle est plus loin pour créer de nouvelles bases économiques qui naîtront de la possibilité intéressante de voir apparaître une nouvelle sorte de crédit-bailleurs malgaches. *Ce nouveau crédit-bailleur sera plus proche du niveau des ménages et des petites entreprises que le crédit-bailleur du régime légal actuel.* Adoptons cette devise : « Donner le plein pouvoir à ceux qui en auront particulièrement besoin ». Ce n'est qu'alors que le crédit-bail à Madagascar atteindra son potentiel véritable et prometteur, un potentiel tout à fait accessible grâce aux initiatives prévoyantes de la CRDA jusqu'à présent.

ANNEXE I

TEXTE DU PROJET DE LOI SUR LE CREDIT- BAIL

Dispositions générales – définitions

Article premier : Le crédit-bail est le contrat par lequel une personne, le crédit-bailleur ou bailleur, met un bien à la disposition d'une autre personne, le crédit-preneur ou locataire, moyennant le versement d'un loyer, pendant une période de temps déterminée, à l'issue de laquelle le bailleur donne la possibilité au locataire d'acquérir tout ou partie des biens loués.

Art. 2 : Le bien qui fait l'objet du crédit-bail est acquis d'un tiers ou du locataire lui-même par le crédit-bailleur, à la demande de crédit-preneur et conformément aux instructions de ce dernier.

Art. 3 : Le crédit-bailleur ne peut être qu'un établissement de crédit soumis aux dispositions de la loi n° 95-030 du 22 février 1996 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.

Toute personne qui, agissant pour son compte ou pour celui d'une société, exerce les activités définies par l'article 4 ci-après sans se conformer aux dispositions de la loi n° 95-030 du 22 février 1996 précitée est passible des sanctions pénales prévues par ladite loi.

Des opérations de crédit-bail : détermination – exécution

Art. 4 : En application des articles 1 et 2 ci-dessus, sont qualifiées d'opérations de crédit-bail :

1° - les opérations de locations de biens meubles, d'équipement ou matériel d'outillage, achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaires, quelle que soit leur qualification, donnent au locataire la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu d'avance ou déterminable suivant un mode de calcul arrêté dans le contrat tenant compte des versements effectués à titre de loyers ;

2° - les opérations de locations de biens immeubles à usage professionnel effectués par une entreprise, lesdits immeubles étant achetés ou construits pour son compte, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, permettent aux locataires de devenir propriétaires de tout ou partie des biens loués, au plus tard à l'expiration du bail. L'accession à la propriété de tout ou partie des biens loués se fera soit par cession en exécution d'une promesse unilatérale de vente, soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant audit locataire ;

3° - les opérations de location de fonds de commerce, d'établissement artisanal ou de l'un de leurs éléments incorporels assorties d'une promesse unilatérale de vente moyennant un prix convenu tenant compte des versements, effectués à titre de loyers, à l'exclusion de toute opération de location à l'ancien propriétaire du fonds de commerce ou de l'établissement artisanal.

Art. 5 : Par une clause du contrat de crédit-bail, le bailleur et le locataire peuvent convenir avec le vendeur que le locataire agira directement en garantie contre le vendeur au titre des obligations nées de la vente.

Cette clause vaut renonciation du locataire à la garantie légale du bailleur.

Art. 6 : En cas de cession de biens compris dans une opération de crédit-bail, et pendant la durée de l'opération, le cessionnaire est tenu des mêmes obligations que le cédant qui en reste garant.

Art. 7 : La convention de crédit-bail ne relève pas de statut des baux commerciaux.

Art. 8 : Le contrat de crédit-bail prévoit les conditions dans lesquelles sa résiliation pourra, le cas échéant, intervenir à la demande du preneur.

Le crédit-preneur peut, après avoir mis le crédit-bailleur en demeure, considérer le crédit-bail comme résolu de plein droit si le bien ne lui est pas délivré dans le délai prévu au contrat ou dans un délai fixé dans la mise en demeure.

Art. 8bis : En cas de contestation sur la validité ou l'exécution du contrat de vente le tribunal ne peut suspendre l'exécution du contrat de crédit.

Lorsque le crédit-bailleur est parti à l'instance, la résolution ou l'annulation du contrat de vente entraîne de plein droit résiliation du contrat de crédit.

Si la résolution ou l'annulation du contrat de vente survient du fait du vendeur, celui-ci pourra, à la demande du crédit-bailleur, être condamné à garantir le crédit-preneur du remboursement du prêt, sans préjudice de dommages et intérêts vis-à-vis du crédit-bailleur et du crédit-preneur.

Art. 8ter : En cas de manquement à ses obligations par le locataire et après une mise en demeure par exploit d'huissier restée infructueuse dans un délai de 15 jours, le contrat de crédit-bail est résilié de plein droit sans préjudice du paiement des loyers arriérés et de dommages-intérêts.

Le juge peut, même d'office, modérer la pénalité prévue par les parties si elle est manifestement excessive. Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

La faillite ou la mise en règlement judiciaire du locataire constitue une cause de résiliation de plein droit du contrat.

De la publicité des opérations de crédit-bail

Art. 9 : Les opérations de crédit-bail visées à l'Article 4 ci-dessus sont soumises à une publicité qui doit permettre l'identification des parties et celles des biens qui font l'objet desdites opérations. Les diverses modalités de cette publicité sont fixées par les Articles 10 à 20 ci-après.

Dispositions communes, publicité comptable

Art. 10 : Sans préjudice de l'Article 66 de la loi n°95-030 du 22 février 1996 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit sur les établissements de crédit, les sociétés commerciales qui recourent à des opérations de crédit-bail pour se procurer des biens d'équipement, des matériels ou des immeubles à usage professionnel doivent mentionner dans l'annexe prévue par les Articles 3.1 et 3.2 de Code de commerce résultant de la loi 99.018 du 2 Août 1999 relative au statut du commerçant, les informations suivantes :

- 1- la valeur de ces biens au moment de la signature du contrat ;
- 2- le montant des loyers afférents à l'exercice ainsi que le montant cumulé des loyers des exercices précédents ;
- 3- l'évaluation à la date de clôture du bilan des loyers restant à payer ainsi que du prix d'achat résiduel de ces biens stipulés au contrat.

Art. 11 : Les personnes morales autres que celles visées à l'Article précédent et les personnes physiques ayant la qualité de commerçant doivent :

- 1- faire apparaître séparément dans leur compte de résultat les loyers correspondants à l'exécution des contrats relatifs aux opérations précitées, en distinguant les opérations de crédit-bail mobilier et les opérations de crédit-bail immobilier.
- 2- Evaluer dans l'annexe et à la date de clôture du bilan le montant total des loyers leur restant à supporter en exécution des obligations stipulées dans un ou plusieurs contrats de crédit-bail en distinguant les opérations de crédit-bail mobilier et les opérations de crédit-bail immobilier.

Crédit-bail mobilier

Art. 12 : Les renseignements concernant les opérations de crédit-bail en matière mobilière sont publiés, à la requête de la société de crédit-bail ou de toute personne intéressée, selon les modalités prévues à l'Article suivant.

Art. 13 : La publication est requise au greffe du tribunal dans le ressort duquel le crédit-preneur est immatriculé à titre principal au registre du commerce.

Sont applicables en la matière les dispositions des Articles 18 et 19 relatives aux inscriptions des contrats de crédit-bail du décret 99-717 du 8 septembre 1999 sur la publicité du crédit mobilier.

Si le crédit-preneur n'est pas assujéti à immatriculation au registre du commerce, la publication est requise au greffe du tribunal de première instance dans le ressort duquel est situé l'établissement pour les besoins duquel il a souscrit le crédit-bail.

Les modalités de cette publication feront l'objet de textes réglementaires.

L'inscription régulièrement prise est opposable aux parties et aux tiers, à compter de la date d'inscription au registre du commerce et des sociétés, pendant une durée de cinq années, sauf renouvellement. Les conditions de l'inscription ainsi que celles de son renouvellement obéissent aux dispositions des Articles 21 et 22 du décret 99-717 du 8 septembre 1999 sur la publicité du crédit mobilier.

Art. 14 : Toute modification affectant les renseignements mentionnés à l'Article 12 est publiée en marge de l'inscription existante.

Les inscriptions régulièrement faites en application de l'Article 13 et de l'alinéa 1 ci-dessus prennent effet à leur date. Elles sont radiées, sur l'initiative du crédit-bailleur ou du crédit-preneur, soit sur justification de l'accord des parties, soit en vertu d'un jugement ou d'un arrêt passé en force de chose jugée.

Art. 15 : Le greffier délivre à tout requérant, copies ou extraits de l'état des publications portant éventuellement mention des transferts ou des inscriptions modificatives.

Art. 16 : Les pièces justificatives qui doivent être présentées au greffier, ainsi que les modalités de publication ou de radiation et les modèles de bordereaux d'inscriptions, copies ou extraits sont ceux prévus, selon le cas, aux Articles 18 et 23 du décret 99-717 du 8 septembre 1999 sur la publicité du crédit mobilier.

Art. 17 : Le défaut de publicité entraîne l'inopposabilité aux tiers des droits de la société de crédit-bail sur le bien dont elle a conservé la propriété, sauf si elle établit que les intéressés avaient eu connaissance de l'existence de ces droits.

Crédit-bail immobilier

Art. 18 : Le crédit-bail immobilier est soumis à une publicité foncière dans les formes et conditions prévues par l'ordonnance n° 60-146 du 3 octobre 1960 sur le régime foncier de l'immatriculation.

A défaut de publicité, les dispositions de l'article 17 ci-dessus sont applicables.

Art. 19 : Toute infraction aux dispositions des articles 10 et 11 est punie d'une amende de dix millions à cent millions de FMG.

Art. 20 : Le chapitre 4 de la loi n° 95-030 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit est abrogé.

Art. 21 : La présente loi sera publiée au *Journal officiel*. Elle sera exécutée comme loi de l'Etat.

Crédit-bail international

Article 21 : Est international le crédit-bail dont le crédit-bailleur et le crédit-preneur ont leur établissement dans des Etats différents.

L'établissement entendu au sens de l'alinéa ci-dessus désigne, si l'une des parties à l'opération de crédit-bail a plus d'un établissement, l'établissement qui a la relation la plus étroite avec le contrat en question eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion de ce contrat.

Article 22 : Les droits respectifs du crédit-bailleur et des titulaires d'un droit réel sur le bien objet du crédit-bail sont régis par la loi de l'Etat de situation de ce bien.

Article 24 : La cession de biens par le crédit-bailleur compris dans l'opération de crédit-bail peut être effectuée au profit de toute personne physique ou morale dans le respect des dispositions légales en vigueur sur le territoire de Madagascar.

La CRDA a suspendu le traitement de l'ébauche d'article 23 qui, comme l'équipe de ARD/Checchi/JURECO l'a soumis, suit :

Article 23 : toute personne, autre que le crédit-bailleur et le crédit preneur, qui a permis la réalisation de l'opération de crédit-bail et dont l'intervention est prouvée par les termes mêmes du contrat ou par le déroulement des négociations ne peut-être tenue des obligations ou de se prévaloir des droits y afférents que dans l'une des situations ci-après :

- a) elle était en relation contractuelle soit avec le crédit-preneur, soit avec le crédit bailleur aux fins de favoriser l'opération de crédit-bail
- b) elle a effectué la livraison du bien, objet de l'opération de crédit-bail
- c) elle a entrepris toute action en relation avec les termes du contrat de crédit-bail conclu entre le crédit-bailleur et le crédit-preneur.

ANNEXE II

Semaine du 7 au 14 février (Discussion d'équipe)

(Note de l'auteur : Cette annexe n'est présentée avant tout qu'à des fins d'archivage. Il s'agit de discussions et de recherches au sein de l'équipe ARD/Checchi/JURECO pour la semaine en question. Les références faites à l'ébauche de décembre renvoient aux projets d'articles tels que présentés par JURECO à la CRDA au début du mois de février, 2000. Le projet d'article 23, en gestation, apparaît sous la forme de l'article 6.)

TEXTE ELABORATIF DU PROJET

Définitions Générales

Article 1 : Le crédit-bail est une transaction réalisée par un bail entre deux entités, le crédit-bailleur qui fournit un capital, ou les moyens d'acquérir les mêmes par le biais d'un financement, à un locataire ou preneur de crédit, pour une période déterminée par un bail, à l'échéance duquel le preneur de crédit peut choisir d'acheter le capital objet du bail. Ce choix est le droit présent à acheter ultérieurement, à l'échéance du bail, et constitue un droit d'achat de cet intérêt comme étant une partie autre que le preneur de crédit a dans le capital loué.

Annotation : Ce projet d'Article combine les approches des Articles 1 et 2 de l'ébauche de décembre mais tient en plus compte des normes internationales. Conformément à la pratique moderne d'un crédit financier, le bailleur de crédit peut soit fournir le capital objet du bail, soit fournir le financement, qui sont les moyens d'acquérir les mêmes. L'Article 73 de la loi actuelle du crédit-bail au chapitre IV du Droit Bancaire prévoit seulement que le preneur de crédit, non le bailleur de crédit, peut être impliqué dans les engagements assistant au financement (loi sur le crédit-bail ci-après cité comme D.B). En revanche, sous la pratique internationale moderne en matière de crédit-bail, le bailleur de crédit peut en fait prendre le rôle d'un financier plutôt que celui traditionnel d'une partie détenant en permanence le titre et le contrôle du capital objet du bail. Ainsi, un tel capital comme le preneur de crédit désire acheter peut ou ne peut pas être la pleine propriété et sous le contrôle du bailleur de crédit. Cf. Article 2A du Code Commercial Uniforme (1990) (Commissionnaires de la Loi Uniforme et Institut Américain de Loi) (ci-après désigné comme UCC Art. 2A). La communauté financière internationale doit être immédiatement assurée de la nature du droit d'acquisition du capital objet du bail dès le début ainsi que de son applicabilité. L'ébauche de décembre se rapporte à la garantie d'une " possibilité ", tandis que ce texte d'avant-projet explique que le choix est important au moment du contrat. Il met en valeur la disponibilité de l'option, qui est le droit d'acquisition en marchés internationaux.

Article 2 : Les parties autres que le bailleur de crédit et le preneur de crédit pourraient être intéressées par le capital objet du bail, comme les parties aux contrats pour financer l'achat

des mêmes par le preneur de crédit, le bailleur de crédit ou autre. De tels droits que d'autres parties peuvent avoir sont en vertu de plusieurs sources, incluant mais non limités à :

- L'hypothèque, le gage ou la caution de garantie dans le capital objet du crédit-bail ou les recettes provenant d'un tel capital ;
- L'hypothèque, le gage ou la caution de garantie en propriété autre que le capital objet du crédit-bail ;
- Les documents ou une transaction en cours qui donnent à ces autres parties un intérêt dans l'exécution par le preneur de crédit engagé par le crédit-bail ou déterminent le capital objet du crédit-bail.

Si une transaction est un crédit-bail, les droits de telles parties ne qualifie pas le droit du preneur de crédit d'acheter le capital objet de la location. Rien qui n'y soit inclus ne qualifiera le droit de telles parties de prendre une caution de garantie dans ledit droit d'acquisition.

Annotation : La pratique commerciale internationale exige une référence textuelle ponctuelle et directe à la réalité commerciale du crédit-bail comme une transaction effective à un tiers impliquant un financement par le biais du bailleur de crédit. Le préluce à la Convention UNIDROIT dans le Crédit-Bail Financier International, Institut International pour l'Unification de la Loi Privée (ci-après désignée sous le nom de UNIDROIT) reconnaît immédiatement que le crédit-bail est souvent " un rapport triangulaire distinctif. " L'explication donnée dans la préface de l'ébauche de décembre le stipule, mais ensuite, il continue à traiter en grande partie le crédit-bail comme une transaction entre deux parties, comme dans l'Article 66 du D.B.

Ce projet d'Article tient compte de l'intervalle des configurations commerciales attendues par la pratique commerciale internationale. En fait, le bailleur de crédit peut être le fournisseur du matériel dans un crédit financier (voir UCC Art 2A) ou le financier d'un projet de construction dans lequel la propriété objet de la location appartient déjà au preneur de crédit, comme note la préface de l'ébauche de décembre. Cet avant-projet d'Article prend en considération ces possibilités et bien d'autres. Voir les annotations dans l'ébauche d'Article 6 ci-après.

Article 3 : Pendant la période du bail, le preneur de crédit a le droit de jouir pleinement du capital objet du bail, y compris le droit d'être libre des réclamations des parties autres que le bailleur de crédit. Le bailleur de crédit entreprendra toutes les mesures pour que le preneur de crédit puisse jouir pleinement du capital pendant cette période. A moins qu'il ne soit autrement stipulé par le bailleur de crédit et le preneur de crédit, le choix d'acquérir le capital objet du bail signifiera que durant la période couverte par le bail et jusqu'à l'exercice du droit d'acquisition :

- (i) quant au capital objet du bail fourni par le bailleur de crédit, le bailleur de crédit en a le plein titre et pleine propriété dans les mêmes et cela continuera jusqu'à l'exercice de l'option d'achat par le preneur de crédit dans le cadre du contrat ;

- (ii) quant au capital objet du bail acquis à travers un financement fourni par le crédit bailleur, le crédit bailleur prendra toutes les mesures nécessaires pour assurer que le crédit preneur pourra, en exerçant le choix d'acheter, avoir le plein titre et pleine propriété, incluant mais non limité, à tels actes par le crédit bailleur qui sont nécessaires pour assurer un tel droit au plein titre et pleine propriété ; et le crédit bailleur s'abstiendra de toutes actions unilatérales qui encombrera le plein titre et la pleine propriété par le crédit preneur pendant l'exercice de telle option.

Conformément aux obligations du bailleur de crédit comme on les a déterminées ci-dessus, pour la durée du bail, le droit du preneur de crédit d'acheter le capital objet du bail sera sujet seulement aux réclamations et défenses provenant : (1) d'une rupture du bail par le preneur de crédit et (2) d'une rupture des clauses de tout document permettant au preneur de crédit d'exercer la location, incluant mais non limitées à tout accord entre un bailleur de crédit et le preneur de crédit d'assurer le financement du bail ou l'acquisition du capital objet du droit d'acquisition.

Rien ci-inclus ne sera interprété pour limiter les termes du contrat entre le bailleur de crédit et toute partie à un agencement pour financer l'achat du capital objet de la location ou à faciliter autrement une transaction de crédit-bail.

Annotation : Dans la mesure où le bailleur de crédit fournit le capital objet de la location physiquement ou suite à un contrat, les engagements inclus (i) dans cet Article sont conformes aux normes internationales de UNIDROIT, Article 8, alinéas 2 et 4. Mais les issues de la propriété, de la possession et le contrôle du bailleur de crédit du capital objet de la location font l'objet des subtilités des lois locales sur la propriété. La tendance moderne est que le contrôle et la possession du bailleur de crédit sont moins appropriées. Dans la mesure où le bailleur de crédit ne contrôle pas le capital objet de l'exercice du droit d'acquisition, les engagements inclus dans (ii) ce projet d'Article reconnaissent des réalités commerciales modernes en coupant court aux exigences du bailleur de crédit de faire des représentations et des garanties aux intérêts de titre et de propriété. C'est fréquemment le cas dans une instance de crédit financier, lorsque le bailleur de crédit, comme locataire, finance simplement l'acquisition du matériel et n'en prend pas physiquement la commande (voir UCC, Art. 2A). La préface à l'ébauche de décembre semble le reconnaître comme étant une situation typique du crédit mobilier. En conséquence, cette ébauche reconnaît que dans les cas où le bailleur de crédit n'a pas ou peut n'avoir aucun contrôle réel sur le matériel ou les biens objets du bail, le bailleur de crédit assume simplement la responsabilité de s'assurer que le bailleur de crédit ne compromettra pas le droit du preneur de crédit d'acheter le matériel ou les biens fournis.

Des opérations de crédit-bail : détermination-exécution

Article 4 : Pendant la période couverte par le bail, seul, le preneur de crédit peut transférer le capital objet de la location. Un tel transfert obligera le cessionnaire au crédit-bail en vertu du bail, alors que le preneur de crédit sera le cautionnaire. Le transfert du droit d'acquisition du capital objet du bail peut être fait à toute personne physique ou morale, nonobstant toutes les

limites en vertu de la loi sur la capacité dudit cessionnaire d'assumer éventuellement le titre et la propriété d'un tel capital.

Annotation : Cette ébauche incorpore l'Article 6 de l'ébauche de décembre mais tient compte des pratiques internationales. L'Article 3 de UNIDROIT prévoit la valeur non seulement dans le capital physique objet du bail mais la valeur du choix lui-même. Dans la mesure où cette pratique internationale reconnaît la valeur du droit d'acquisition du capital objet du bail, la loi révisée sur le crédit-bail devrait reconnaître que ce droit peut être transféré aux financiers locaux ou étrangers qui n'ont aucune intention de réellement s'approprier la propriété objet de ce droit mais procédera à une levée de fonds basé sur la vente d'un paquet de droits d'acquisition afin de réduire le risque de tout crédit-bail. Cf. Étude de la Banque Mondiale, Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement, pp. 127-29 (1993) (élaboration sur les sciences économiques concernant le crédit à risque).

Article 5 : Le droit d'acquisition du capital objet du bail signifie le choix du preneur de crédit de prendre pleinement possession de la propriété et de son titre ; et ceci ne sera pas interprété par cette loi pour autoriser le preneur de crédit, à l'échéance du bail, de continuer le bail, de mettre en gage ou d'hypothéquer ledit droit ou à gêner d'une autre manière l'intérêt du bailleur de crédit dans ledit capital. Un tel droit sera librement aliénable et transmissible par le preneur de crédit à tout moment.

Pendant la durée du bail, le droit d'acquisition du capital objet du bail est soumis et limité à telles défenses et des réclamations, de même que ces dernières, comme celles pour le capital objet du bail, incluant mais non limité aux défenses et réclamations résultant d'un défaut d'enregistrement des intérêts du preneur de crédit dans ledit droit d'acquisition et le capital objet du bail selon les exigences de la loi. Les engagements du bailleur de crédit sont déterminés en Article 3.

A l'échéance du bail et dès que l'occasion pour le preneur de crédit se présente d'exercer ledit droit d'acquisition du capital objet du bail, ledit droit ne sera pas sujet aux réclamations et défenses sur le capital qui pourrait d'une certaine manière être maintenues ou affirmées par le bailleur de crédit. Les engagements du bailleur de crédit comme le stipule l'Article 3 se termineront à l'expiration du bail, excepté pour les réclamations émanant des parties avant l'exercice dudit droit d'acquisition par le preneur de crédit.

Annotation : Cet Article touche deux points, tous deux touchent l'intersection de la loi locale et des pratiques internationales. Il ne semble pas clair dans la loi de la propriété malgache si la garantie d'un futur plein droit de propriété implique une diminution du droit de location ou d'hypothèque de la propriété ultérieurement. Ce projet d'Article veut résoudre la situation en établissant la norme que le preneur de crédit a seulement le droit d'acheter à l'expiration du bail. Ceci étant conforme aux grandes lignes des attentes pour une configuration commerciale moderne, comme le détermine UNIDROIT, à l'Article 9, alinéa 2.

Le second des deux points est crucial. Il concerne le statut juridique du droit d'acquisition du capital objet du bail lui-même au moment où le bail arrive à échéance. Encore, peu de

conseils affirmatifs sont offerts par la loi malgache sur ce point. Comme ce point fait l'objet de moins de commentaire international explicite, il est extrêmement important pour la viabilité du droit d'acquisition comme un outil commercial. Il est essentiel que le preneur de crédit, au moment de l'exécution du bail, ait l'assurance que rien dans la loi malgache ne fera obstruction à l'exercice certain de ce droit d'acquisition à l'expiration du bail. Comme UNIDROIT ne traite pas explicitement cet aspect, l'Article 12, alinéas 1-2 a déterminé le principe général qui stipule que lorsque les limites du crédit ne contrôlent pas, les limites des contrats s'y rapportant, le cours des transactions entre le bailleur de crédit et le preneur de crédit devrait le faire. Ceci justifie d'imposer au bailleur de crédit seulement des engagements minimaux continus à l'expiration du bail et de l'occasion qui s'ensuit pour exercer le droit d'acquisition ; ce droit dont les engagements minimaux se rapportent seulement aux réclamations dont la base se situe pendant la période de crédit.

Article 6 : Les parties autres que le crédit bailleur et le crédit preneur, à travers la fourniture de financement ou toute autre bien de valeur, sans lequel la transaction crédit-bail ne saurait être effectuée, comme le démontrent les termes du contrat ou le cours des transactions, sont tenus pour en avoir eu connaissance, et sous réserve des défenses en émanant, le bail entre le crédit bailleur et le crédit preneur, seulement dans le cas d'un ou plusieurs des circonstances suivantes :

- (i) Tel tiers est une partie selon les clauses d'un contrat avec soit le bailleur de crédit soit le preneur de crédit pour le financement ou autres moyens afin de faciliter le crédit-bail ;
- (ii) Tel tiers effectue la livraison physique ou légale du capital objet du bail ou tout objet de valeur soit au bailleur de crédit ou au preneur de crédit, y compris toute livraison à un bailleur de crédit ou à un preneur de crédit avec lequel cette tierce partie ne jouit d'aucune succession de contrat ;
- (iii) Tel tiers entreprend toute action conforme à la connaissance des termes du bail entre le bailleur de crédit et le preneur de crédit, incluant mais non limitées à l'acte de réception des paiements en vertu des clauses d'un contrat de financement ou tout autre contrat visant à faciliter le crédit-bail

Ce qui précède s'applique pour obliger cette tierce partie aux circonstances stipulées, nonobstant le manque de l'une ou autre partie d'enregistrer correctement tout document en question selon les exigences de la loi.

Annotation : Comme le suggère le préluce à l'ébauche de décembre, le bailleur de crédit peut soit fournir le financement, le capital objet du bail ou les deux. Ces possibilités impliquent le rôle des tiers dans le crédit-bail. Ce projet d'Article élabore sur l'Article 5 de l'ébauche de décembre en vue des pratiques internationales. Comme le suggère l'Article 1, alinéas 1-2 de UNIDROIT, le fournisseur de matériel peut figurer dans la succession du contrat avec le bailleur de crédit seulement, avec le premier fournisseur du capital objet du bail et le dernier principalement fournisseur du financement. L'Article 5 de l'ébauche de décembre a déterminé la compréhension générale de la responsabilité de fournisseur au bailleur de crédit. Cette

ébauche élabore ce principe, en tenant compte de la réalité, reflété à l'Article 1 de UNIDROIT et à l'Article 2 de UCC, que le contrôle physique par le bailleur de crédit est moins déterminant l'engagement que de l'exécution des actes par des tiers qui sont les fournisseurs comme la transmission de fonds et la réception de paiement de la part du bailleur de crédit. Outre la situation d'approvisionnement en matériel, ce projet d'Article couvre également une situation par laquelle le tiers ne soit pas un fournisseur de matériel mais une institution financière détenant une hypothèque exécutée par le preneur de crédit sur les immobiliers en location par le bailleur de crédit. Aucune disposition actuelle de la loi malgache ne couvre ces contextes mobiliers et immobiliers, alors que les grandes lignes en sont tracées dans le préliminaire à l'ébauche de décembre.

ANNEXE III

Semaine du 21 Février

(Note de l'auteur : cette annexe n'est présentée avant tout qu'à des fins d'archivage. Il s'agit de discussions et de recherches au sein de l'équipe ARD/Checchi/JURECO pour la semaine en question. Les références faites à l'ébauche de décembre renvoient aux projets d'articles tels que présentés par JURECO au début du mois de février, 2000. L'ébauche de l'article 23, tel que présenté apparaît sous la forme de l'article 28, alors que l'ébauche de l'article 22 tel qu'adopté par la CRDA apparaît comme article 22. D'autres références dans ce texte ne correspondent pas forcément au texte final tel qu'adopté par la CRDA.)

TEXTE ELABORATIF DE L'AVANT-PROJET CREDIT-BAIL INTERNATIONAL

Article 22 : Le droit respectif du bailleur de crédit et le titre aux immobiliers sont réglé par la loi de l'Etat où se trouvent les immobiliers.

Annotation : Ceci constitue un choix de clause de loi proposé suite au besoin de clarification sur le crédit-bail international. Il est en accord avec le Prélude à la Convention UNIDROIT sur le Crédit-Bail Financier International, Institut International pour l'Unification de la Loi Privée, Article 4, alinéa 2 de la loi (ci-après désignée sous le nom de UNIDROIT).

Article 23 : Les tribunaux de Madagascar sont tenus de donner plein foi et crédit aux jugements des tribunaux et aux forums pour le règlement de conflits à l'extérieur de Madagascar en matière de crédit-bail, malgré l'identité des parties la transaction de crédit-bail, sa source de financement, l'emplacement du capital objet du bail ou le lieu d'exécution de la location ou des documents de financement, à condition que tels jugements soient en accord avec l'Article 7 ci-inclus.

Annotation: Le financement international peut être essentiel pour le crédit-bail et de ce fait de pose l'éventualité d'un litige étranger. Madagascar n'est apparemment pas un signataire de la Convention de New York de 1958 sur la Reconnaissance et l'Application des Décisions Arbitrales Etrangères. Il apparaît que Madagascar ne soit pas non plus un Membre du Centre International pour le Règlement de Conflits d'Investissement. Par conséquent, il y a lieu de se rassurer que les tribunaux malgaches seraient en mesure de donner foi aux déterminations des tribunaux étrangers et de rendre légitime un forum pour le règlement de conflits.

Article 24 : L'acte de placer un capital à la disposition du preneur de crédit, comme le détermine l'Article 1, peut inclure ou être limité au financement par le bailleur de crédit ou par une partie autre que le bailleur de crédit. Comme il est déterminé dans le présent Avant-Projet, financer signifiera: (1) tout acte entrepris par le bailleur de crédit pour se procurer de l'argent ou tout autre objet de valeur afin d'acquérir ou créer le capital objet du bail ; ou (ii)

toute action conformes aux termes du bail et aux dispositions de l'Article 3 de cette loi, de façon à ce que le preneur de crédit puisse exercer le droit d'achat à l'échéance du bail.

Annotation : Cette ébauche d'Article combine les approches des Articles 1 et 2 de l'Avant-Projet de décembre comme la Commission l'a adopté, mais prend davantage en compte les normes internationales. Cette ébauche d'Article tient compte de l'étendue des configurations commerciales envisagées par la pratique commerciale internationale. La pratique commerciale internationale exige une référence textuelle rapide et directe à la réalité commerciale du crédit-bail comme souvent une transaction tripartite implique un financement par le bailleur de crédit. Le préambule à l'UNIDROIT reconnaît immédiatement que le crédit-bail est souvent "un rapport triangulaire distinctif." L'acceptation de l'Article 5 de l'Avant-Projet de décembre par la Commission reconnaît cette possibilité de triangularité dans le contexte d'une tierce partie fournisseur de la propriété objet de la location. Il reste à étendre l'idée d'inclure dans les "opérations" du crédit-bail la partie qui apporte le financement ainsi que celui qui fournit la propriété. En fait, le bailleur de crédit peut être le fournisseur du matériel dans un bail financier (voir Code Commercial Uniforme (1990) ci-après désigné comme UCC Art. 2A) ou le financier d'un projet de construction dans lequel la propriété objet du bail appartient déjà au preneur de crédit, comme le note le préface à l'Avant-Projet de décembre. Cette ébauche d'Article tient compte de ces possibilités et d'autres. Il est important de définir le financement qui tient compte des "opérations" du crédit-bail en vertu de la loi malgache comme étant une transaction tripartite aussi bien qu'une transaction bipartite. Voir l'explication *infra*.

L'alinéa (ii) ci-dessus tient compte d'un simple crédit-bail dans lequel un tel financement, comme il a été fait, est simplement un résultat de la permission accordée par le bailleur de crédit d'utiliser le capital conformément aux paiements du loyer. Une équipe internationale d'analystes sur les marchés financiers s'est ainsi concentrée sur le crédit-bail et le rôle du bailleur de crédit, pas nécessairement en tant que propriétaire mais en tant que financier soit du capital objet du bail ou des activités conduites dessus. Fouzi Mouri, Annexe 2, Partie II.2, Rapport de HIID (version provisoire).

Mais l'alinéa (i) dans la définition du financement est également important, sinon plus. La raison en est qu'avant la location elle-même, le bailleur de crédit peut avoir besoin de financement pour acquérir le capital en question. Bien que ce financement venant d'une tierce partie au bail soit antérieur à la relation formelle entre le bailleur de crédit et le preneur de crédit, l'actuelle loi sur le crédit-bail en son Article 64 et 67, Chapitre IV du Droit Bancaire, identifie correctement l'achat par le bailleur de crédit du capital objet du bail comme faisant partie intégrale des "opérations" du crédit-bail. (ce chapitre sur le crédit-bail ci-après cité comme D.B., avec des Articles spécifiques alors référencés). En fait, en fait, dans le cas de crédit mobilier, l'Article 64 reconnaît librement l'achat effectué antérieurement par le bailleur de crédit et anticipe clairement la location éventuelle par un preneur de crédit. Quant au crédit immobilier, la préface à l'Avant-Projet de décembre a un excellent résumé de transactions raffinées telles qu'un "bail de construction" dans lequel un bailleur de crédit assume la responsabilité d'obtenir les engagements du financement fourni par un tiers et de les remplir. Malheureusement, bien que la loi actuelle voit l'acquisition du capital par le bailleur de crédit

comme un élément des " opérations " du crédit-bail, le rôle crucial du financement par un tiers n'est pas discuté dans la loi.

Il est essentiel que la loi le considère afin qu'il soit conforme à la pratique moderne de crédit-bail. Sous la pratique de crédit-bail international moderne, le bailleur de crédit peut en fait jouer principalement le rôle d'un financier plutôt que le rôle traditionnel d'une partie ayant le titre et le contrôle permanents sur le capital objet du bail. Ainsi, un tel capital comme le preneur de crédit désirerait acheter peut ou peut ne pas avoir été la pleine propriété du bailleur de crédit et sous son plein contrôle. D'une manière primordiale, le bailleur de crédit peut avoir besoin de financement afin d'obtenir les marchandises ; le fait d'inclure le financement par un tiers est considéré comme un " aspect du crédit-bail ". Cf. Article 2A du Code Commercial Uniforme (1990) (Commissionnaires des Lois Uniformes et Institut Américain de Droit) (ci-après désigné sous le nom de UCC Art. 2A). A cet égard important, les Articles 64 et 67 de D.B. qui considèrent l'achat fondamental de bailleur de crédit du capital objet du bail comme faisant partie des " opérations " du crédit- bail, sont conformes à la pratique moderne.

Article 25 : Quant aux engagements s'élevant du droit du preneur de crédit à acheter le capital objet du bail sera sujet seulement à ces réclamations et défenses qui surgissent : (1) d'une violation de ces dispositions du bail par le preneur de crédit qui sont liés à l'exécution des engagements personnels qui ne concernent pas directement la transaction ou l'entretien du capital objet du bail, incluant mais non limités aux paiements du loyer ; et (2) d'une violation des termes de tout engagement lié au financement comme le détermine l'Article 1 ci-inclus, pourvu que le preneur de crédit en soit notifié dans (i) les circonstances mises en exergue dans l'Article 6 ; (ii) de l'enregistrement public comme le détermine la loi.

Rien dans le présent ne sera interprété pour limiter les termes du contrat entre le bailleur de crédit et toute partie à un agencement pour financer l'acquisition du capital objet du bail ou à autrement faciliter une transaction du bailleur de crédit-bail.

Annotation: Ce point concerne l'intersection des termes du bail et de l'option d'achat du capital objet du bail à son échéance. Le dernier est un droit personnel en vertu de la loi malgache, mais les droits acquis sous un bail peuvent être personnels ou vrais. La question se pose donc si la violation d'un engagement du preneur de crédit concernant la propriété altère l'occasion pour le preneur de crédit de transférer l'option à l'achat du capital objet du bail. Il n'existe que peu d'orientations affirmatives offertes dans la loi malgache sur ce point. Cependant, la loi malgache suggère que les engagements puissent être divisibles dans le contexte de l'endettement. Article 66 de la Loi du 2 juillet, Articles 29 à 35 (concernant les engagements généraux, désignés sous le nom de Loi 66). Cette ébauche d'Article fait la distinction entre les engagements personnels et vrais de telle sorte qu'une violation des engagements du locataire par le preneur de crédit n'affecte pas la capacité du preneur de crédit de transférer des engagements. Cela est entièrement conforme à la position dans le droit commercial malgache selon lequel, en cas d'incertitude, les dispositions commerciales devraient être résolues en faveur du débiteur qui est, dans l'exemple du crédit-bail, le preneur de crédit. Loi 66, Article 126.

Article 26 : Le droit d'acheter le capital objet du bail peut être transféré à n'importe quelle personne physique ou morale, nonobstant toutes les limites en vertu de la loi sur la capacité dudit cessionnaire d'assumer par la suite le titre et la propriété d'un tel capital.

Annotation : Cette ébauche inclut l'Article 6 de l'Avant-Projet de décembre, mais tient compte des pratiques internationales. L'Article 3 de l'UNIDROIT prévoit la valeur non seulement dans le bien corporel objet du bail mais de la valeur de l'option (d'achat) elle-même. Dans la mesure où cette pratique internationale reconnaît la valeur dans le droit d'acheter le capital objet du bail, la révision de loi sur le crédit-bail devrait reconnaître que ce droit peut être transféré aux financiers locaux ou étrangers qui n'ont réellement aucune intention de s'approprier la propriété sujette à ce droit mais réunira le capital sur la vente d'un paquet de droits d'achat afin de réduire au minimum le risque de tout crédit-bail simple. Cf. Étude de Pays de la Banque Mondiale, Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement, pp. 127-129 (1993) (élaborant les sciences économiques d'attribution de risque).

Article 27 : Le droit d'acheter le capital objet du bail signifie l'option du preneur de crédit de prendre la pleine propriété et le plein titre ; et il ne sera pas interprété par cette loi pour autoriser le preneur de crédit, à l'échéance du bail, à continuer la location, à hypothéquer ledit droit ou à gêner d'une autre façon l'intérêt du bailleur de crédit dans ledit capital.

Annotation : Il n'apparaît pas clairement dans la loi domaniale malgache si la concession d'un futur plein droit de propriété implique à l'avenir une diminution du droit de location ou d'hypothèque de la propriété. Cette ébauche d'Article veut résoudre la situation en établissant la norme que le preneur de crédit a seulement le droit d'acquisition à l'échéance du bail. Il est conforme à l'esquisse des attentes dans une configuration commerciale moderne, comme il est déterminé dans l'UNIDROIT, Article 9, alinéa 2.

Article 28 : A travers la fourniture de financement ou toute autre objet de valeur, sans qui une transaction de crédit-bail ne saurait être effectuée, comme le démontre les termes du contrat ou le cours des opérations, les parties autres que le bailleur de crédit et le preneur de crédit sont tenus d'avoir eu connaissance de la location entre le bailleur de crédit et le preneur de crédit, et sont sujets aux défenses en surgissant seulement dans les cas d'un ou de plusieurs des circonstances suivantes :

- (i) un tel tiers est une partie aux termes d'un contrat soit avec le bailleur de crédit soit avec le preneur de crédit pour le financement ou autres moyens de faciliter le crédit-bail ;
- (ii) un tel tiers effectue la livraison physique ou légale soit au bailleur de crédit soit au preneur de crédit du capital objet du bail ou tout objet de valeur, y compris toute livraison à un bailleur de crédit ou à un preneur de crédit avec qui un tel tiers ne jouit d'aucun 'privity' de contrat (relation contractuelle);
- (iii) un tel tiers entreprend toute autre action conforme à la connaissance des termes du bail entre le bailleur de crédit et le preneur de crédit, comprenant mais non limitées à l'acte

d'acceptation des paiements en vertu d'un contrat de financement ou autre contrat facilitant le crédit-bail.

Ce qui précède s'applique pour obliger tel tiers dans les circonstances stipulées, nonobstant le manque de n'importe quelle partie d'enregistrer correctement tout document en question selon les exigences de la loi.

Annotation : Le financement par un tiers n'est viable que si les prêteurs à un bailleur de crédit ou à toute autre partie ont une ferme compréhension de leurs responsabilités en vertu de la loi dans une situation de crédit-bail. La loi malgache existante ne tient pas encore compte des subtilités de la situation du crédit-bail. Comme le suggère le préambule à l'Avant-Projet de décembre, le bailleur de crédit peut livrer soit le financement, soit le capital objet du bail ou les deux. Ces possibilités impliquent le rôle des tiers dans le crédit-bail. Cette ébauche d'Article élabore sur l'acceptation de la part de la Commission de l'Article 5 de l'Avant-Projet de décembre en raison des pratiques internationales. Comme le suggère l'Article 1, alinéas 1-2 de l'UNIDROIT, le fournisseur de matériel peut exister par «privity» du contrat (relation contractuelle) avec le bailleur de crédit seulement, avec l'ancien ayant fourni le capital objet du bail et avec le dernier principalement pour le financement. L'Article 5 de l'Avant-Projet du 5 décembre a avancé la compréhension générale de la responsabilité de fournisseur au bailleur de crédit. Cet Avant-Projet donne des détails sur ce principe, en tenant compte de la réalité que reflète l'Article 1 de l'UNIDROIT et Article 2 A de l'UCC, que le contrôle physique de la part du bailleur de crédit est moins déterminant de l'engagement que la performance des actes par des tiers fournisseurs tels que le transfert de fonds et la réception des paiements de financement venant du bailleur de crédit. Outre la situation d'approvisionnement en matériel, cette ébauche d'article couvre également une situation dans laquelle le tiers n'est pas un fournisseur de matériel mais une institution financière tenant une hypothèque exécutée par le preneur de crédit sur les immeubles loués par le bailleur de crédit. Aucune disposition de la loi actuelle malgache ne traite de ces contextes mobilier et immobilier, car ils sont mis en exergue dans le préluce à l'Avant-Projet de décembre.